﴿ الجزء السابع عشر من ﴾

كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الرجوع عن الشهادة في الطلاق والنكاح

(قال رحمه الله واذا شهد رجل وامرأتان علي طلاق امرأة ورجل وامرأتان على دخوله بها فقضى القاضي بالصداق والطلاق ثم رجعوا فعلى شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وعلى شهود الطلاق ربع المهر) لان شهود الطلاق ألزموه نصف المهر بدليل أنهم لو انفردوا قضى القاضي على الزوج بنصف المهر وشهود الدخول ألزموه جميع المهر بدليل أنهم لو انفردوا قضي القاضي عليه بجميع المهر فنصف المهر اختص بشهود الدخول بايجابه علي الزوج فعند الرجوع ضمانه عليهم ونصف المهر اشتركوا فيه فضمانه عند الرجوع علي كلا الفريقين نصفان فان (قيل) لا كذلك بل جميع المهر واجب على الزوج بالعقد فما ألزمه واحد من الفريقين شيأ من المهر بما شهدوا به (قلنا) نعم وجب جميع المهر بالعقد ولكن بمقابلة البضع على أنه فوت تسليم البضع على وجه لا ينتهى به النكاح فلا شئ على الزوج منه وقد تحقق ذلك بالفرقة بينهما ولولا شهادة شهود الطلاق لم يكن عليه نصف المهر ولولا شهادة شهود الدخول لم يكن عليه جميع المهر ولكنهما حين شهدا بوجود التسليم قبل ظهور الفرقة فكأنهما ألزماه جميع المهر وحين شهدا الآخران بالفرقة قبل التسليم مضافا الي الزوج فكأنهما ألزماه نصف المهر فيجب ضمان ذلك عند الرجوع عليهم لانهم حالوا بينه وبين المهر بشهادتهم فكأنهم غصبوه ذلك أحد الفريقين النصف والفريق الآخر الكل . ولو رجع شاهد الدخول وحده ضمن ربع المهر لان النصف الذى اختص شهود الدخول بالزامه بقى فيه امرأتان على الشهادة وببقائهما يبقى نصف ذلك النصف فيجب على الراجع نصف ذلك النصف وفى النصف الآخر قد بقى على الشهادة حجة تامة ولو رجع شاهد الطلاق وحده لم يضمن شيأ لان فى النصف الذى لزم بشهادة شهود الطلاق قد بقى على الشهادة حجة كاملة ولو رجع شهود الدخول كلهم ضمنوا النصف لان النصف الآخر قد بقي على الشهادة حجة كاملة ولو كان شهود

الطلاق هم الذين رجعوا لم يضمنوا شيأ لانه بقى على الشهادة بجميع المهر حجة تامة وهم شهود الدخول ولو رجعت امرأة من شهود الطلاق وامرأة من شهود الدخول فعلى الراجعة من شهود الدخول ثمن المهر لان النصف الذى اختص به شهود الدخول بقي على الشهادة فاه رجل وامرأة فبقى الحجة فى ثلاثة أرباعه بتفاوتهما ويجب على الراجعه ربع ذلك النصف ولا ضمان على شاهد الطلاق لانه بقى على الشهادة في ذلك النصف حجة كاملة بعد رجوعها. ولو شهد شاهدان أنه طلق امرأته واحدة وآخران أنه طلقها ثلاثا ولم يكن دخل بها فقضى بالفرقة وبنصف المهر لها ثم رجعوا جميعا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث ولاضمان على شهود الواحدة لان أصحاب الثلاث هم الذين قطعت بشهادتهم (ألا ترى) انها لا تحل له قبل الزوج ومعنى هذا ان بالثلاث يثبت فى المحل صفة الحرمة وشئ من تلك الحرمة لا يثبت بالواحدة لان حرمة المحل لا تحتمل التجزي وانما قضى القاضي بحرمة المحل وذلك من موجبات ما شهد به شهود الثلاث خاصة فعرفنا ان القضاء كان بشهادتهم فالضمان عند الرجوع عليهم وهو نظير ما ذكر بعده ولو شهد شاهدان انه حلف لا يقربها يوم النحر وآخران انه طلقها يوم النحر فابانها القاضي منه ولم يكن دخل بها وألزمه نصف المهر ثم رجعوا فالضمان على شهود الطلاق دون شهود الايلاء لانه انما قضى بالفرقة بشهادة شهود الطلاق دون شهادة شهود الايلاء وهذه المسئلة حجة لابى حنيفة رحمه الله فى أن الثلاث غير الواحدة وقد بيناه فيما اذا شهد أحد الشاهدين بتطليقه والاخر بثلاث. واذا شهد على رجل انه تزوج امرأة على الف درهم وهى مهر مثلها قضي بذلك ونقدها الالف ثم رجعا لم يضمنا شيئاً أيهما كان المدعى في ذلك لانه ان كانت المرأة هى المدعية فقد ألزما الزوج الالف وأدخلا في ملكه البضع بمقابلته والبضع عند دخوله فى ملك الزوج متقوم لانه يملك البضع ومن ضرورة التملك يقوم المملوك به كالاستيلاء لما كان يملك به الحربي يتقوم به نفسه وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان ولو كان الزوج هو المدعى فقد اثبتنا عليه الملك وعوضاها بمقابلته ما يعدله وهو الالف فان كان مهر مثلها خمسمائة وكان الزوج منكرا ضمنا له الفضل لانهما الزماه الالف وعوضاه ما يتقوم بخمسمائة فقيمة البضع مهر المثل فالخمسمائة الاخرى أتلفاها عليه بغير عوض وان كان المدعي هو الزوج فلا ضمان عليهما سواء كان مهر مثلها أقل أو اكثر لانهما أتلفا البضع عليهما بغير عوض دون قيمة البضع ولكن البضع لا يتقوم على المتلف

وانما يتقوم على المتملك لضرورة التملك فلم يضمن الشاهدان لها شيئا وعند الشافعى رحمه الله يضمنان ما زاد على الالف الى تمام مهر مثلها وأصل المسئلة ما اذا شهد شاهدان بالتطليقات الثلاث بعد الدخول ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنا شيئا عندنا وعند الشافعى رحمه الله يضمنان للزوج مهر المثل وكذلك ان قتل المرأة رجل لم يضمن القاتل للزوج شيئا من المهر عندنا وعند الشافعى يضمن مهر المثل وكذلك لو ارتدت المرأة بعد الدخول لم يغرم للزوج شيئا عندنا وعند الشافعى للزوج مهر المثل على القاتل وعليها وان ارتدت لان البضع متقوم بدليل أنه متقوم عند دخوله فى ملك الزوج فيقوم عند خروجه من ملكه أيضا لانه انما يخرج من ملكه عين ما دخل فى ملكه فمن ضرورة التقوم فى احدى الحالتين التقوم في الحالة الاخرى كملك اليمين فانه يتقوم عند ثبوته ابتداء ويتقوم أيضا عند الازالة بطريق الابطال وهو العتق حتى يضمن شهود العتق القيمة اذا رجعوا والدليل عليه أن شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ضمنوا نصف المهر فلو لم يكن البضع متقوما عند الطلاق لما ضمنوا شيئا واذا ثبت التقوم قلنا المتقوم مضمون بالاتلاف مالا أو غير مال كالنفس * وحجتنا فى ذلك أن البضع غير متقوم بالمال عند الاتلاف لان ضمان الاتلاف يتقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال صورة ومعنى فاما عند دخوله فى ملك الزوج المتقوم هو المملوك دون الملك الوارد عليه وكان تقومه لاظهار خطر ذلك المحل حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملكه المرء مجانا لا يعظم خطره عنده وذلك محل له خطر مثل خطر النفوس لان النسل يحصل به وهذا المعنى لا توجد في طرف الازالة فانها لا تملك على الزوج شيئا ولكن يبطل ملك الزوج عنها (ألا ترى) ان ما هو مشروط لمعنى الخطر عند التملك كالشهود والولى لا يشترط شيئا منه عند الازالة وأن الاب لو زوج ابنه الصغير بماله يصح ذلك ولو خلع ابنته الصغيرة بمالها من زوجها لم يصح ذلك وهذا بخلاف ملك اليمين فهو ملك مال والمال مثل المال صورة ومعنى فعند الاتلاف يضمن بالمال وهذا بخلاف ما اذا شهدا بالطلاق قبل الدخول لانهما لا يغرمان هناك قيمة البضع فقيمة البضع مهر المثل ولا يغرمان شيئا من ذلك عندنا وانما يغرمان نصف الصداق لانهما أكدا على الزوج ما كان على شرف السقوط فان المرأة اذا ارتدت يسقط عنه المهر وكذلك اذا قتلت ابن زوجها فهما أكداعليه ما كان على شرف السقوط فكانهما ألزماه ذلك هو عبارة المتقدمين رحمهم الله والاوجه أن

نقول وقوع الفرقة قبل الدخول مسقط جميع الصداق اذا لم يكن مضافا الى الزوج ولا
كان متهيئا للنكاح للفقه الذى ذكرنا فى أول الباب فهما باضافة الفرقة منها العلة المسقطة من
أن يعمل عليها في النصف فكأنهما ألزما الزوج ذلك النصف بشهادتهما فيضمنان له ذلك
عند الرجوع وفى هذا أيضا نوع من الشبهة فان الابن اذا أكره امرأة أبيه حتى زنا بها قبل
الدخول يغرم الاب نصف المهر ويرجع به على الابن ولم يوجد منه ماتصير به الفرقة مضافة
الى الاب ولكنا نقول هو باكراهه اياها منع صيرورة الفرقة مضافة اليها وذا موجب نصف
الصداق على الاب فكأنه ألزمه ذلك وعلى هذا الخلاف شهود العفو عن القصاص اذا
رجعوا لم يضمنوا شيئا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمنون الدية لان القصاص ملك متقوم
للولي (ألا ترى) أن القاتل اذا صالح فى مرضه على الدية يعتبر ذلك من جميع المال وقد أتلفوا
عليه ذلك بشهادتهم فيضمنون عند الرجوع وان لم يكن مالا كما تضمن النفس بالاتلاف
حالة الخطأ ولكنا نقول ملك القصاص كملك البضع للزوج من حيث انه لا يظهر الا في
حق الاستيفاء وقد بينا ان ملك البضع غير متقوم وانما المتقوم المحل المملوك فكذلك ملك
القصاص الا أن بالصلح القاتل انما يلتزم الدية بمقابلة ما هو من أصول حوائجه فهو محتاج الى
هذا الصلح لابقاء نفسه وحاجته مقدمة على حق الوارث فيعتبر من جميع المال لهذا والمريضة
اذا اختلعت فانما التزمت المال لا بمقابلة ما هو من أصول حوائجها فاعتبر من الثلث كذلك
ولانه يسلم للقاتل المحل المملوك وهو نفسه وذلك متقوم وهنا بالطلاق بطل ملك الزوج من
غير ان يسلم لها شئ كان قد أشرف على الزوال عنها وقد بينا أنه لا قيمة للملك الوارد على
المحل فاما تقوم النفس بالدية عند الاتلاف فللصيانة عن الهدر واظهار خطر المحل وهذا لا
يوجد فى ملك القصاص فالعفو مندوب اليه فيكون اهداره حسنا بهذا الطريق لان القصاص
حياة حكما وفى العفو حياة حقيقة فلا يمكن ايجاب الضمان على المتلف هنا بمعنى الصيانة ولو لم
يكن فرض الزوج لها مهرا فشهدا بالطلاق قبل الدخول وقضى القاضى لها بالمتعة ثم رجعا
غرما المتعة له لان المتعة في نكاح لا تسمية فيه بمنزلة نصف الصداق في نكاح فيه تسمية فكما
أن هناك عند الرجوع يغرمان للزوج ما قضى به القاضى وهو نصف المهر فكذلك هنا
يغرمان له ما قضى به القاضى وهو المتعة وزفر رحمه الله يقول فى الفصلين لا يغرمان شيئا
لان جميع المهر وجب على الزوج بالعقد وانما يسقط عنه نصفه بالطلاق قبل الدخول فهما

أسقطا عنه البعض وما أوجبا عليه شيئا وانما ضمنا فانما ينبغى أن يضمنا لها لانهما أتلفا ملكها
فى بعض الصداق وفيما قررنا جواب عن كلام زفر رحمه الله ولو شهد شاهدان على رجل أنه
تزوج امرأة على الف والزوج يجحد ومهر مثلها خمسمائة وشهد آخران أنه طلق قبل الدخول
فقضى بذلك ثم رجعوا فعلي شاهدى النكاح مائتان وخمسون وعلى شاهدي الطلاق مائتان
وخمسون لان مازاد علي الخمسمائة الى تمام الف ألزمه شهود العقد من غير عوض بمقابلته وقد
سقط عنه نصف ذلك بالطلاق وبقى النصف فيغرمان له ذلك عند الرجوع وذلك مائتان
وخمسون ومقدار الخمسمائة ألزماه بعوض فلا ضمان عليهما فى ذلك ولكن شهود الطلاق
قبل الدخول كانهما ألزماه نصف ذلك النصف تمنعهما العلة المسقطة من أن يعمل عملها حين
أضافا الفرقة الى الزوج فيضمنان ذلك عند الرجوع ولو شهد آخران أيضا بالدخول فألزمه
القاضى الف درهم ثم رجعوا فعلي شاهدي النكاح خمسمائة الفضل على مهر مثلها لانهما ألزماه
ذلك بغير عوض وأما الخمسمائة الاخرى ألزماه بعوض يعدله فلا يضمنان له شيأ من ذلك
ولكن بقى فى ذلك شاهدا الدخول وشاهدا التطليق فثلاثة أرباعه على شاهدى الدخول
وربعه علي شاهدى الطلاق بمنزلة جميع المسمى فى مسئلة أول الباب علي ما قررنا . واذا شهد
شاهدان على امرأة أنها اختلعت من زوجها قبل أن يدخل بها علي ان برأته من المهر والزوج
يدعى ذلك وهى تجحد فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانه لولا شهادتهما لكان لها
نصف المهر لوقوع الفرقة قبل الدخول باقرار الزوج فهما أتلفا عليها ذلك النصف بشهادتهما
ولو كان دخل بها بعد الزوج والمهر عليه ضمنالها جميع المهر لانه لولا شهادتهما لكان لها جميع
المهر على الزوج لان الفرقة وقعت باقراره بعد الدخول فهما أتلفا جميع المهر عليها بشهادتهما
بالخلع والابراء من المهر فيضمنان ذلك لها عند الرجوع كشاهدى الابراء فى سائر الديون .ولو
ادعى رجل أنه تزوج امرأة على مائة درهم وقالت المرأة بل تزوجنى على الف درهم وذلك
مهر مثلها فاقام الزوج شاهدين بما ادعى وقضى بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنالها تسعمائة فى
قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولم يضمنا لها شيئا فى قول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على مسئلة
كتاب النكاح اذا اختلفا الزوجان فى المهر ومهر المثل مثل ماتقوله المرأة فعندهما القول قولها
وعنده القول قول الزوج ولولا شهادة الشاهدين لكان يقضى لها على الزوج بالالف فهما
أتلفا عليها بشهادتهما مقدار تسعمائة فيضمنان لها ذلك عند الرجوع وعند أبي يوسف رحمه

الله القول قول الزوج فى المهر فالشاهدان لم يتلفا على المرأة شيئا فهذا يتبين أن الصحيح فى معنى المستنكر عند أبى يوسف رحمه الله أن يدعى الزوج دون العشرة فاما اذا ادعى نقصانا كثيرا عن مهر المثل فالقول قوله كما فسره فى هذه المسئلة ولو طلقها قبل الدخول لم يضمنا لها شيئا بالاتفاق لان القول قول الزوج بعد الطلاق كما ذكره فى كتاب النكاح فلا يضمنان لها شيئا لذلك وذكر فى بعض نسخ الاصل يضمنان لها أربعمائة وخمسين درهما وهذا ان صح فهو بناء على ماذكره فى الجامع من تحكيم المتعة بعد الطلاق عندهما أن تكون متعتها خمسمائة فقد أتلفا عليها مازاد على الخمسين وذلك أربعمائة وخمسون فيضمنان ذلك لها وكذلك ان كانت لم تقر بالنكاح لم يضمنا لها شيئا لانهما ماأتلفاعليها شيئا من المال انما أتلفاعليها ملك البضع بشهادتهما وقد بينا أن البضع لايتقوم على غير المتملك ولو ادعت امرأة على زوجها أنه صالح من نفقتها على عشرة دراهم كل شهر فقال الزوج صالحتك على خمسة فشهد شاهدان أنه صالحها على عشرة فقضى بها ثم رجعا فان كانت نفقة مثلها عشرة أو أكثر فلا ضمان عليهما لان القول قولها فى مقدار نفقة مثلها فالشهود ماالزموا الزوج شيأ بغير عوض وان كانت نفقة مثلها أقل من عشرة ضمنا الفضل للزوج فيما مضي لانه لولا شهادتهما لكان القول قول الزوج في انكاره الفضل على نفقة مثلها فانما ألزماه ذلك بشهادتهما. واذا قضى القاضى لامرأة بمهر أو متعة أو نفقة فمضت مدة ثم شهد شاهدان عليها بالاستيفاء وقضى به ثم رجعا ضمنا ذلك للمرأة لان ذلك كان دينا مستحقا لها على الزوج فنفقة الزوجة تصير دينا بقضاء القاضى وقد بينا أن الشهادة باستيفاء الدين موجب الضمان عند الرجوع وكذلك الولد وكل ذى رحم محرم ممن فرض له القاضي النفقة وهذا على رواية الجامع حيث يقول أن نفقة ذوى الارحام تصير دينا بقضاء القاضى فاما علي رواية كتاب النكاح يقول لاتصير ذلك دينا بعد مضي المدة وان قضي القاضى فعلى تلك الرواية شهود الاستيفاء لايضمنون شيئا وقد بينا وجه التوفيق بين الروايتين فيما أملينا من شرح الجامع . ولو شهد رجلان على الطلاق ورجلان على الدخول ثم رجع شاهد الطلاق وأحد شاهدى الدخول ضمنوا جميعا نصف المهر على شاهد الدخول من ذلك نصفه والنصف الباقى عليهم أثلاثا لان فى النصف الذى لزمه بشهادة شاهدى الدخول خاصة بقى أحدهما على الشهادة فتبقى الحجة في نصف ذلك النصف ببقائه فعلى الراجع منهما نصف ذلك النصف وفى النصف الباقى يبقى نصفه

أيضا ببقائه على الشهادة وانما انعدمت الحجة فى نصف ذلك النصف وقدكان ثبت بشهادتهم جميعا فعند الرجوع يجب ضمان ذلك النصف عليهم أثلاثا. واذا طلق الرجل امرأته ولم يدخل بها ولم يفرض لها مهر فشهد شاهدان أنه صالحها من المتعة على عبد ودفعه اليها وقبضته وهى تنكر ذلك ثم رجعا عن شهادتهما فانهما يضمنا المتعة لها وهى ثلاثة أثواب مثل كسوتها فى بيتها ولا يضمنان لها العبد لان أصل حقها هو المتعة وقد أتلفا بشهادتهما ذلك عليها فاما العبد كان ملكا للزوج لولا شهادتهما فلا يضمنان لها العبد وان شهدا عليها بقبضه لان وجوب ذلك لها بشهادتهما وهى تنكر فلا يكون لها أن تضمنهما قيمة العبد مع ماسبق من انكارها وانما تضمنهما أصل حقها وهو المتعة فان كان مهر مثلها عشرة دراهم ضمنا له خمسة دراهم لانه لا يراد بالمتعة على نصف مهر المثل فلولا شهادتهما كان لها هذه الخمسة فلهذا ضمنا لها عند الرجوع الخمسة. ولو شهد شاهدان على الطلاق وشاهدان على الدخول ولم يكن سمى لها مهرا فقضي بذلك ثم رجعوا ضمن شاهدا الطلاق نصف المتعة وشاهدا الدخول بقية المهر لان المتعة فى نكاح لا تسمية فيه كنصف المسمى في نكاح فيه تسمية المهر وقد بينا أن هناك شهود الطلاق يغرمون ربع المسمى فكذلك هنا يغرمون نصف المتعة وما زاد على ذلك الى تمام مهر المثل ثابت بشهادة شهود الدخول فيغرمون ذلك عند الرجوع . ولوشهد شاهدان على مائة درهم بعينها في يد رجل أنها لرجل آخر وآخران على مائة منها أنها له فقضى له بذلك ثم رجع أحد شاهدى المائتين ضمن خمسين لان مقدار المائة استحق بشهادته وشهادة صاحبه خاصة وقد بقى نصفه ببقاء صاحبه على الشهادة فيغرم نصفه وذلك خمسون وان رجع أحد شاهدى المائة أيضا لم يضمن شيأ لان مقدار المائة ثبت بشهادة الاربع وقد بقى اثنان على الشهادة بتلك المائة فلا يغرم الراجعان شيئا من ذلك والله أعلم بالصواب

باب عن الرجوع عن الشهادة أيضا

(قال رحمه الله واذا شهد شاهدان ذميا لذمى على ذمى بمال أو خمر أو خنزير فقضي بذلك ثم رجعا ضمنا المال وقيمة الخمر مثل قيمة الخنزير) لان ضمان الرجوع بمنزلة ضمان الغصب والاتلاف وأهل الذمة فى ذلك يستوون بالمسلمين ويضمنون فى الخمر المثل وفى الخنزير القيمة وان كان الشاهدان أسلما ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمة الخنزير لان الخنزير ليس من

ذوات الامثال وكان الواجب عليهما ضمان القيمة بنفس الاتلاف واسلامهما لا يمنع نفوذ ذلك وفي الخمر عند محمد رحمه الله يضمنان القيمة وعند أبي يوسف رحمه الله لا يضمنان شيئا بناء على اسلام المسلمين المطلوب بعد اتلاف الخمر وقد بيناه في الغصب ولو لم يسلم الشاهدان وأسلم المشهود عليه ثم رجعا ضمنا قيمة الخنزير ولم يضمنا الخمر لان الواجب عليهما مثل الخمر واسلام الطالب يسقط الخمر لا الى بدل فالمشهود عليه في حقهما طالب فاما اتلاف الخنزير يوجب القيمة واسلام الطالب لا يمنع بقاءها واستيفاءها ولو شهد ذميان بمال على ذمي وأسلم المشهود عليه قبل أن يقضي القاضي بشهادتهما لم يقض بها لان اسلام المشهود عليه لو اقترن بشهادتهما منع العمل بها فكذلك اذا طرأ قبل القضاء وهذا لان القاضي لا يقضي الا بحجة وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة على المسلمين. واذا شهد محدودان بقذف بشهادة ولم يعلم القاضي بذلك حتى قضى بشهادتهما ثم علم بذلك وليس من رأيه امضاؤه فانه يرد القضاء ويأخذ المال من المقضى له لانه ظهر له الخطأ في قضائه وهذا بناء على ان قضاء القاضي في المجتهدات انما ينفذ اذا صدر عن اجتهاد فأما اذا لم يكن عن اجتهاد وانما كان عن تلبيس واشتباه لم ينفذ وهو ظاهر المذهب على ما أشار اليه في الجامع ذكره الخصاف وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله ان قضاءه في المجتهدات نافذ وان لم يكن عن اجتهاد منه لانه لا ينقض قضاءه ما لم يتبين له الخطأ بيقين وفي الاجتهاد لا يتبين ذلك فعلى تلك الرواية لا ينقض القضاء هنا أيضا (قال) وكذلك لو علم أنهما عبدان أو كافران أو أعميان أما في العبدين والكافرين فقد ظهر أن قضاءه كان بخلاف الاجماع فهو باطل وفي الاعميين الجواب مثل الجواب في المحدودين في القذف لان قضاءه حصل فيما هو مجتهد فيه وان لم يقصد الاجتهاد وقد نص على أنه قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله يعني رد القضاء وأخذ المال من المقضى له. واذا شهد شاهدان على رجل انه أعتق عبده وقضي القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما أتلفا عليه ما هو مال متقوم ولا يمنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب فلا يكون عوضا عما أتلفا عليه من ملك المال ولو شهدا عليه أنه دبره فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما أوجبا حق العتق للعبد بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما أوجبا حق العتق للعبد وبذلك ينتقص ملك المالية للمولى فيضمنان ذلك النقصان وقد بينا في كتاب العتاق مقدار نقصان التدبير فان مات المولى يخرج

العبد من ثلثه عتق وضمن الشاهدان قيمته مدبرا لان تلف ما بقي من المال عند موت المولى حصل بشهادتهما فالتدبير موجب حق العتق في الحال وحقيقة العتق في الثلث بعد الموت وقد كان ضمنا ما أتلفاه معجلا وما زاد على ذلك كان مؤجلا فيضمنان ذلك عند تحقق الاتلاف وذلك بعد موت المولى وان لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته ويضمن الشاهدان ثلث القيمة اذا عجل العبد الثلثين فان بدل ما زاد على الثلث قد سلم للورثة من جهة العبد فاتلاف الشاهدين لذلك حصل بعوض فلا يضمنانه عند الرجوع فاما مقدار الثلث أتلفاه لى الورثة بغير عوض فيضمنان ثلث قيمته مدبرا ولا يرجعان بذلك الثلث على العبد لان رجوعهما غير مقبول في حق العبد وان لم يعجل العبد الثلثين من القيمة وعجز عنها فللورثة ان يرجعوا به على الشاهدين لانهما حالا بين الورثة وبين ذلك القدر من ماليته بشهادتهما والعوض في ذمة المفلس فكأنهما أتلفا ذلك بغير عوض فيضمنان للورثة كالثلث ويرجع الشاهدان بذلك على العبد لانهما قاما مقام الورثة حين ضمنا ذلك وقد كان للورثة حق الرجوع على العبد بذلك فكذلك لمن قام مقامه بخلاف ثلث القيمة وحالهما في الثلثين كحال شهود الكتابة فانهما لو شهدا عليه أنه كاتب عبده على ألف درهم الى سنة فقضى بذلك ثم رجعا وهو يساوي ألفين أو ألفا فانهما يضمنان قيمته لانهما حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما عليه بالكتابة فكانا بمنزلة الغاصبين ضامنين للقيمة ثم يتبعان المكاتب بالمكاتبة على نحوهما لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدى ما عليه لانه قبل رجوع الشاهدين ما كان يعتق الا بعد أداء جميع الالف الى المولى فكذلك حاله مع الشاهدين بعد ما ضمنا القيمة فاذا أداه عتق والولاء للذى كاتبه لان الشاهدين قاما مقام المولى في قبض بدل الكتابة منه فاداؤه اليهما كادائه الى المولى وهذا لان رجوعهما في حق المكاتب غير صحيح وقد استحق المكاتب ان يعتق على المولى ويكون ولاؤه له فلا يبطل ذلك الحق رجوع الشاهدين وان عجز ورد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين فالمكاتب ليس بمحل النقل من ملك الى ملك فرجوعهما غير صحيح في حقه ويرد المولى ما أخذ من الشهود عليهم لان الحيلولة قد زالت بعجز المكاتب فهو نظير غاصب المدبر اذا ضمن القيمة بعد ما أبق ثم رجع فيكون مردودا على مولاه ويرد المولى على الغاصب ما أخذ منه . ولو شهد شاهدان أنه حلف بعتقه ان دخل هذه الدار وشهد آخران أنه قد دخلها فقضى بعتقه ثم

رجعوا جميعا ضمن شاهدا اليمين قيمة العبد ولا ضمان على شاهدى الدخول عندنا وقال زفر رحمه الله الضمان عليهم جميعا لان تلف المال حصل بشهادة الفريقين جميعا ولكنا نقول شهود اليمين أثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للعتق وهو قوله أنت حر وشهود الدخول انما أثبتوا شرط العتق والشرط لا يعارض العلة في احالة الحكم عليه فالحكم يضاف الى علته حقيقة لانه واجب بها شرعا والى الشرط مجازا لانه موجود عند الشرط لا به والمجاز لا يعارض الحقيقة بل متى كانت العلة صالحة لاضافة الحكم اليها لا يضاف شئ الى الشرط وهو نظير حافر البئر مع الملقي فان الضمان على الملقي دون الحافر وعلى القائد دون الممسك لهذا المعنى وقد بيناهذا فى مسئلة شهود الاحصان فى كتاب الحدود ولم يذكر هنا أن اليمين لو كانت ثابتة باقرار المولى وشهد شاهدان بالشرط ثم رجعا ظن بعض مشايخنا رحمهم الله أنهما يضمنان في هذا الفصل وقالوا ان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها هنا فانها ليست تتعدى فيكون الحكم مضافا الى الشرط على أن الشرط يجعل خلفا عن العلة هنا باعتبار أن الحكم يضاف اليه وجودا عنده وشبه هذا حفر البئر وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه فى الزيادات وهذا لان قوله أنت حر مباشرة الاتلاف للمالية وعند وجود مباشرة الاتلاف الحكم يضاف اليه دون الشرط سواء كان بطريق التعدى بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشى وذلك ليس من مباشرة الاتلاف فى شئ فلهذا يجعل الاتلاف مضافا الى الشرط وهو ازالة المسكة بحفر البئر الذى فى الطريق. ولو شهد شاهدان على رجل انه أعتق عبده عن مدبر منه وآخران انه أعتق عبده البتة فقضى به ثم رجعوا فضمان القيمة على شاهدي العتق ولا ضمان على شاهدى التدبير لان القضاء كان بشهادة شاهدى العتق فنم جر العتق المضاف الى ما بعد الموت. ولو شهد شاهدا التدبير فقضى القاضي به ثم شهد شاهدا العتق فقضى به ثم رجعوا فعلى شاهدى التدبير لان ضمان ما نقصه التدبير ذلك الجر تلف بشهادتهما حين قضي بها القاضى ويضمن شاهدا العتق قيمته مدبرا لانهما أتلفا مالية المولى بشهادتهما وعند شهادتهما كان هو مدبرا فيضمنان ذلك عند الرجوع ولو كان شاهدا العتق على الثياب شهدا أنه أعتقه قبل التدبير فاعتقه القاضي ثم رجعوا ضمن شاهدا العتق قيمته ولاضمان على شاهدى التدبير لانه تبين أن شاهدى التدبير ما أتلفا عليه شيئا وأن القاضي أخطأ فى قضائه بالتدبير حين قامت الحجة على الحرية قبل ذلك فانما حصل تلف المالية بشهادة شاهدى العتق فالضمان عليهما

عند الرجوع (ألا ترى) أنهما لو شهدا أنه باع عبده من هذا بألف درهم ووقتا لذلك وقتا قبل التدبير فان القاضي يبطل التدبير وينفذ البيع فان رجعوا بعد ذلك لم يضمن شهود التدبير شيئا وضمن شهود البيع فضل القيمة على الثمن لان الاتلاف فى الفضل حصل بشهادتهم بغير عوض وان كانت القيمة أقل من الثمن والمشترى هو المنكر ضمنا للمشترى فضل الثمن على القيمة لانهما أتلفا عليه الفضل بغير عوض ولو كان سواء وشهدا أنه نقد الثمن والبائع منكر ثم رجعا عن البيع ولم يرجعا عن نقد الثمن لم يضمنا شيئا لانهما بالشهادة على البيع أزال ملكه عن العبد بعوض يعدله وهما ثابتان على شهادتهما بنقد الثمن فهو ومالو شهد به غيرهما سواء ولو رجع عن نقد الثمن ضمن الثمن لانهما أقرا بالرجوع أنهما أتلفا ملك البائع فى الثمن بشهادتهما عليه بالاستيفاء ولو كان البائع هو المدعى والمشترى يجحد لم يضمنا شيئا لانهما أدخلا في ملك المشترى مايعدل ماألزماه من الثمن ٠ ولو شهد شاهدان على رجل أنه كاتب عبده على الف درهم الى سنة وقيمته خمسمائة فاجاز القاضى ذلك ثم رجعا فاختار المولي ضمان الشاهدين فله ذلك لانهما حالا بينه وبين مالية العبد بشهادتهما وبدل الكتابة فى ذمة العبد المفلس كالتاوى فان قبض المولى منهما القيمة لم يعتق المكاتب حتى يؤدى الف درهم الى الشاهدين لانهما قاما مقام المولى فى استيفاء بدل الكتابة حين ضمنهما القيمة ويتصدقان بالفضل لان ذلك ربح حصل لهما بكسب خبيث وهو شهادة الزور وان لم يجبر المولى يضمنهما ولكن جعل يتقاضى المكاتب حتى قبض منه مائة درهم أولم يقبضها غير أنه علم برجوع الشاهدين فهذا اختيار للمكاتبة ولا يضمن الشاهدان شيئا أبدا ماخلا خصلة واحدة وهى أن تكون المكاتبة أقل من القيمة فان هناله أن يأخذ المكاتب بالمكاتبة ويرجع على الشاهدين بفضل القيمة لانه بعد ما علم برجوع الشاهدين كان مخيرا بين تضمين الشاهدين القيمة ومطالبة المكاتب ببدل الكتابة فاختاره اتباع المكاتب بالتقاضى منه يتضمن براءة الشاهدين كما فى الغصب مع غاصب الغاصب ولكن هذا فى مقدار بدل الكتابة فأما مازاد عليه الى تمام القيمة فحقه فيه قبل الشاهدين خاصة فلا يكون اختياره اتباع المكاتب ببدل الكتابة أبرأ الشاهدين عن ذلك الفضل فلهذا يرجع عليهما به ولو شهدا أنه باع عبده من رجل بالف درهم الى سنة وقيمته خمسمائة والمشترى يدعي ذلك والبائع يجحد فاجاز القاضى ثم رجعا فهو مخير بين أن يتبع المشترى الثمن وبين أن يضمن الشاهدين القيمة لاتيانهما الحيلولة بينه وبين ملكه في الحال والبدل لا يصل اليه الا بعد مضى الاجل فان

ضمن الشاهدين القيمة قاما مقامه فى الرجوع على المشترى بالثمن وتصدقا بالفضل لانه حصل لهما بكسب خبيث ولانه من وجه كالملك للثمن منهما فان استوفى منهما من القيمة وتمليك الالف بالخمسمائة ربا فلشبهه بالربا يلزمهما التصدق بالفضل وان اختار المولى اتباع المشتري بالثمن لم يرجع على الشاهدين بشى أبدا لان ذلك منه رضا بالبيع بالثمن المؤجل . وكذلك لو تقاضى المشترى بعد رجوعهما فذلك منه رضا بالثمن فى ذمة المشترى فيكون مبرئا لهما باختيار اتباع المشترى فلا يتبع الشاهدين بشئ بعده أبدا نوي ماله على المشترى أو خرج. واذا شهد رجلان على رجل أنه حلف بعتق عبده ان فى قيده عشرة أرطال وحلف الرجل بعتقه بين يدى القاضي أن لايحل القيد أبدا فشهد شاهدان على المولي أن فى قيده خمسة أرطال فاعتقه القاضى بشهادتهما ثم أطلقه من القيد ثم نظر الى القيد فاذا فيه عشرة أرطال فان أبا حنيفة رحمه الله قال على الشاهدين قيمة العبد وهو قول أبى يوسف الاول رحمه الله وفي قوله الا خر لاضمان على الشاهدين وهو قول محمد رحمه الله وهو بناء علي ماتقدم من اختلافهم فى نفوذ قضاء القاضي شهادة الزور باطنا فعند أبى حنيفة رحمه الله لما نفذ قضاؤه ظاهرا وباطنا فانما عتق بشهادتهما قبل أن يحل القيد وعندهما لم ينفذ قضاؤه باطنا فانما عتق بحل القيد لا بشهادتهما والشهود في الصورة يشهدون بالشرط ولكن فى المعنى يشهدون بتنجيز العتق لان تعليق العتق بشرط موجود تنجيز ولا يقال كيف ينفذ قضاء القاضى باطنا وظاهرا هنا وقد تيقنا بكذبهم بمعرفة وزن القيد فيكون هذا بمنزلة مالو ظهر نص بخلاف قضاء القاضى أوظهران الشهود عبيد أو كفار وهذا لان القاضى حين قضى بالعتق لم يكن مخاطبا بمعرفة وزن القيد حقيقة لانه لاطريق اليه ما لم يحل القيد وحل القيد معتق للعبد وقضاؤه انما ينفذ باطنا باعتبار انه سقط عنه تعرف مالا طريق له الى معرفته وهذا موجود هنا ولولم يحله وعلم أنهما شهدا بباطل رد في الرق عندهما لان قضاء القاضى لم ينفذ باطنا وكذلك لو هلك العبد وأقر أنهما شهدا بزور فهو وما سبق سواء لانهما رجعا عن شهادتهما فى مجلس القاضى فذلك كمعرفة القاضى كذبهما أو أقوى منه فى ايجاب الضمان عليهما . ولو شهد رجلان على رجل أنه أعتق عبده عام أول في من رمضان فأجاز القاضي شهادتهما وأعتقه ثم رجعا وضمنهما القيمة أولم يضمنهما حتى شهد شاهدان انه اعتقه عام أول فى شوال فانه لا تقبل شهادة الآخرين لانه حكم بعتقه بشهادة الاولين فى أول يوم من رمضان (ألا ترى) ان حكمه فى ذلك الوقت فى جزاء

جناياته وحدوده وغير ذلك حكم الاحرار فالفريق الثانى انما شهدوا باعتاق من هو محكوم بحريته وذلك لغو وعلى الاولين ضمان القيمة يوم أعتقه القاضى لانهما بالرجوع أقرا أنهما أتلفا عليه ماليته حين أعتقه القاضى بشهادتهما بالزور واقرارهما حجة عليهما فيضمنان قيمته فى ذلك الوقت وكذلك لو شهدا على ان مولاه أقر به حين ولد أنه لهذا الرجل وأنكر المولى وشهد يوم شهدوا والعبد رجل شاب ثم قضي به القاضي ثم رجعا ضمنا قيمته يوم قضى القاضى لانهما أتلفا عليه ماليته فيه يومئذ ولو شهدا عليه انه أعتق عبده عام أول فى رمضان فقضى به القاضي ثم رجعا ثم شهد آخران أنه اعتقه أول يوم من رمضان أول من عام الاول فان شهادة الآخرين مقبولة ولا ضمان على الاولين وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فاما عند أبى حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادة الفريق الثانى لان من أصله أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى ولا مدعى لما شهد به الفريق الثانى لان العبد محكوم بحريته فلا يمكنه ان يدعى بشهادتهما والفريق الاول لا تصح منهم الدعوى لان كلامهم متناقض وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة على عتق العبد مقبولة من غير دعوى فيثبت بشهادة الفريق الثانى فى عتقه في وقت سابق على الوقت الذي شهد به الفريق الاول ويتبين به انهما شهدا بانه أعتق حرا فيسقط الضمان عنهما كذلك بخلاف ما اذا كانت شهادة الفريق الثانى بالعتق بعد وقت العتق الاول حتى قالوا اذا كان هناك من يدعي حريته في وقت سابق على الوقت الذى شهد به الفريق الاول بان كان يدعى عليه حدا أو قصاصا فى الطريق فان شهادة الفريق الثانى مقبولة ويسقط به الضمان عن الفريق الاول لوجود المدعى لما شهد به الفريق الثانى ولو شهدوا عليه انه طلق امرأته عام أول فى رمضان قبل ان يدخل بها فقضى به القاضي وألزمه بنصف المهر ثم رجعا فضمنهما القاضى بنصف المهر ثم شهد شاهدان انه طلقها عام أول فى شوال قبل ان يدخل بها لم يقبل ذلك ولم ينتفع به الاولان لانها صارت مطلقة بقضاء القاضى فى وقت سابق على الوقت الذى شهد به الفريق الثاني فانما شهد به الفريق الثانى بطلاق من هى أجنبية منه في الحكم فكان ذلك لغوا ولو أقر الزوج بذلك عند القاضى لم يكن على الشاهدين ضمان ورد عليهما ما كان ضمنا له . وكذلك اقرار المولى فى العتق لان المولى باقراره يزعم أنه تلف المالية عليه وتقرر نصف الصداق كان بمباشرته الطلاق والعتاق لا بشهادتهما ومباشرة ذلك رضا منه ضرورة واقراره حجة عليه فتبين به ان الشهود ما أتلفوا عليه شيئا حين قضى القاضى

بشهادتهم بخلاف البينة فانها لا تكون الا بقضاء القاضي والقاضي لا يقضي بشهادة الفريق الثاني بعد ما قضى بالطلاق والعتاق في وقت متقدم بشهادة الفريق الاول ولو شهد الفريق الثاني بالطلاق في وقت متقدم على الوقت الذي شهد به الفريق الاول قبلت الشهادة لان الشهادة على الطلاق تقبل حسبة من غير دعوى وتبين بهذه الشهادة ان الفريق الاول ما اكد عليه شيئا من الصداق بشهادتهما فيسقط الضمان عنهما ولو شهدا عليه انه حلف بعتق عبده انه لا يدخل هذه الدار وأنكر ذلك المولى ثم دخل العبد الدار فقضى القاضي بعتقه ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمته لانهما أثبتا سبب اتلاف المالية بشهادتهما وهو اليمين فعند وجود الشرط انما يعتق العبد باليمين لا بوجود الشرط ولو ادعى العبد أن مولاه كاتبه على ألف درهم وهي قيمته وقال المولى كاتبته على ألفين وأقام البينة فقضى القاضي بذلك على المكاتب فأداها ثم رجعا فان القاضي يضمنهما ألف درهم للمكاتب لانه لولا شهادتهما لكان القول قول المكاتب لانكاره الزيادة في قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر فما زاد على الالف انما لزمه بشهادتهما فيضمنان له ذلك عند الرجوع ولو كان المكاتب لم يدع المكاتبة وقال مولاه كاتبته على ألفين فجحد المكاتب ذلك وأقام المولى بينة فانه لا تقبل بينته على ذلك لان البينة انما تقبل اذا كانت ملزمة وهذه بينة لا يلزم العبد شيئا فانه يتمكن من ان يعجز نفسه ليفسخ الكتابة فلا معنى لقبول البينة من المولى على ذلك ولكن يقال للمكاتب ان شئت فامض على الكتابة وان شئت فدعها وكن رقيقا بخلاف الاول فهناك يدعي العبد الكتابة فعند دعواه الكتابة انما يلزمه مقدار الالفين بشهادتهما فلهذا وجب قبول شهادتهما فان كان المكاتب يدعي انه حر فجاء المولى بشاهدين فشهدا أنه كاتبه على ألفين فقضى عليه بذلك وأدى المال ثم رجعا ضمنا الالفين للمكاتب وان كانت قيمته أقل من ذلك لانهما ألزماه الالفين بشهادتهما فانه لولا شهادتهما لكان القول قول من يدعي أنه حر وقد أقر بالرجوع انهما ألزماه الالفين بغير حق بشهادتهما فيضمنان له ذلك. ولو شهد شاهدان على رجل انه عبد لهذا الرجل فقضى القاضي به ثم أعتقه على مال ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا للمشهود عليه شيئا لانهما ما ألزماه مالا بالشهادة انما أبطلا حريته وألزماه الرق بشهادتهما وذلك ليس بمال وقد بينا أن ما ليس بمال لا يضمن بالمال بالشهادة الباطلة ثم العبد التزم المال باختياره حين قبل العتق بجعل وذلك لا يوجب الضمان على الشهود بخلاف الاول فقد ألزماه المال هناك * يوضحه أنهما لو ضمنا انما يضمنان باعتبار قضاء

القاضي برقه فذلك الضمان يكون للمولى لانه محكوم بانه عبده فماله يكون لمولاه والمولى يكذبهما في الرجوع بخلاف مسئلة المكاتب فهناك انما يضمنان المال للمشهود عليه لا لمولاه وهو مصدق لهما في الرجوع. ولو شهدا على رجل انه أعتق عبده على خمسمائة وقيمته ألف درهم فاعتقه القاضي ثم رجعا فالمشهود عليه مخير ان شاء ضمن الشاهدين الالف ويرجعان على العبد بخمسمائة لانهما قاما مقام المولى في ذلك وان شاء رجع على العبد بخمسمائة وأيهما اختار ضمانه لم يكن له أن يرجع على الآخر بعد ذلك بشيء أبدا بمنزلة الغاصب مع غاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما والله أعلم بالصواب

باب الرجوع عن الشهادة في النسب والولاء والمواريث

(قال رحمه الله واذا ادعى رجل انه ابن رجل والاب يجحد فاقام البينة انه ابنه ولد على فراشه وأنه وارثه فقضى بذلك ثم رجعوا عن شهادتهم فلا ضمان عليهم) لانهم لم يشهدوا عليه بمال انما ألزموه النسب بشهادتهم والنسب ليس بمال ولا يدرى أيهما يموت قبل الآخر فيرثه الآخر وكذلك لو أقام شاهدين أن هذا مولاه أعتقه وهو يملكه وقال المشهود عليه أنا حر الاصل ثم رجعوا بعد القضاء بشهادتهم لم يضمنوا شيئا لانهم ألزموه الولاء بشهادتهم والولاء كالنسب ليس بمال ولو مات فورثه ثم رجعوا عن شهادتهم لم يضمنوا شيئا أبدا لان شهادتهم بالنسب أو الولاء كانت في حال الحياة وذلك لا يكون شهادة بالميراث وهذا لان استحقاق الميراث بالنسب والموت جميعا فكان حكما متعلقا بعلة ذات وصفين فانما يحال به على آخر الوصفين وجودا لان العلة تتم به وثبوت الحكم باعتبار كمال العلة وهذا بخلاف ما اذا شهد واحد ثم آخر فقضى القاضي ثم رجعا فانهما يضمنان ولا يحال بالاتلاف على شهادة الثاني لان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء وانما يقضى القاضي بشهادتهما جميعا فهو وما لو شهدا معا سواء وهنا السبب قد ثبت قبل الموت ثم الموت لم يكن مشهودا به واستحقاق الميراث به لانه آخر الوصفين وجودا. ولو شهدا على رجل أنه ابن هذا القتيل لا وارث له غيره والقاتل يقر أنه قتله عمدا فقضى القاضي بالقصاص وقتله الابن ثم رجعوا عن شهادتهم فلا ضمان عليهم في القصاص لان القصاص ليس بمال فلا يضمنونه للورثة المعروفين وان أتلفوه بشهادتهم عليهم كما لو شهدوا بالعفو عن القصاص على المولى يضمنون كل مال ورثه هذا الابن من القتيل لورثته

المعروفين لانهم شهدوا بالنسب بعد الموت فكان المشهود به متمما علة استحقاق الميراث فانما يحال باستحقاق الميراث على شهادتهم وقد أقروا بالرجوع ثم أنهم أتلفوه على الورثة المعروفين بغير حق ولو رجع شهود العفو قبل أن يقضى القاضى بها كان القصاص واجبا على حاله لان الشهادة لا توجب شيأ ما لم يقض القاضى بها ولا يتمكن القاضى من القضاء بها بعد ما رجعوا .ولو شهدوا لرجل مسلم كان أبوه كافرا أن أباه مات مسلما وللميت ابن كافر فقضى القاضى بمال ابنه للمسلم ثم رجعوا عن شهادتهم ضمنوا الميراث كله للكافر لانه لولا شهادتهم لكان القول قول الابن الكافر والميراث كله له لانه عرف كفر أبيه فى الاصل فانما صار الميراث كله مستحقا للابن المسلم بشهادتهما فعند الرجوع يضمنان ذلك .ولو أسلم كافر ثم مات وله ابنان مسلمان كل واحد منهما يدعى أنه أسلم قبل موت أبيه وأقام كل واحد منهما شاهدين فورثهما القاضى ثم رجع شهود أحدهما ضمنوا جميع ماورثه الآخر لان الآخر ببينته أثبت استحقاق جميع الميراث لنفسه لولا شهادتهما فالمشهود له انما أخذ نصف ذلك بشهادتهما له وقد أقر بالرجوع انهما شهدا بغير حق وكذلك ان مات رجل عن أخ معروف فادعى آخر أنه ابنه وشهد له به شاهدان وحكم له بالميراث ثم رجعا ضمنا جميع ذلك للاخ لان الاخ كان مستحقا بجميع الميراث لولا شهادتهما بنسب الابن وقد أقر بالرجوع أنهما أتلفاذلك عليه بغير حق .ولو كان صبى فى يد رجل لا يعرف أنه حر أو عبد فشهد شاهدان على اقراره انه ابنه فاثبت القاضى نسبه منه ثم مات الرجل فقضى له بميراثه ثم رجعا لم يضمناشيأ لانهما شهدا بالنسب في حياته واستحقاق الميراث انما يحال به على آخر الوصفين وجودا وهو الموت دون ما شهدا به وكذلك لو شهدا لامرأة بالنكاح على مهر مثلها فقضى به ثم مات الرجل فورثت منه ثم رجعا فلا ضمان عليهما ولو كانت الشهادة بعد الموت ضمنا جميع ما أخذته المرأة لان آخر الوصفين ماشهد به الشهود هنا وبه يتم علة استحقاق الميراث.ولو كان في يد رجل عبد صغير وأمة فشهد شاهدان أنه أقر أن الصبي ابنه وشهد آخران أنه أعتق هذه الامة ثم تزوجها على الف درهم وهو يجحد ذلك فقضى القاضى بجميع ذلك ثم مات الرجل عن بنتين سوى الصبي فقضى القاضى للمرأة بالمهر وقسم المال بينهم على الميراث ثم رجع الشهود عن شهادتهم فان شهود الابن يضمنون قيمة الابن للورثة الا نصيب الابن منها لانهم أتلفوا ملكه فى العبد بشهادتهم فانه لولا شهادتهم لكان القول قوله أن الصغير عبده فانه لا يعبر عن نفسه

وقد أقر عند الرجوع أنهما أتلفا عليه ذلك بغير حق فيضمنان قيمته للمولى ويصير ذلك ميراثا عنه لورثته لا أنه يطرح عنهما حصة الابن المشهود له لانه يكذبهما فى الرجوع ويزعم أنهما كانا صادقين فى الشهادة بنسبه وانه لاضمان عليهما وزعمه معتبر فى نصيبه ويضمن شهود الامة قيمة الامة الا ميراث الامة منها لهذا المعنى لايضمنون غير ذلك الا أن يكون المهر أكثر من مهر مثلها فيضمنون الفضل لاقرارهم أنهم ألزموه ذلك الفضل بغير عوض ولكن يطرح من ذلك حصتها منه بميراثها لانها تكذبهم فى الرجوع وتصدقهم فى الشهادة فيعتبر زعمها فى حصتها ولا ضمان على أحد من الشهود فيما أخذ المشهود له من الميراث لما بينا أنهم شهدوا بالنسب والنكاح فى حالة الحياة. واذا مات الرجل فادعى رجل أنه أوصى له بالثلث من كل شئ وأقام شاهدين فقضى له ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا الثلث لان المشهود له استحق الثلث بشهادتهما فكذلك لو شهدوا أنه أوصى له بالثلث فى حياة الميت ولم يختصموا فى ذلك حتى مات وفى هذا نوع اشكال فالوصية أخت الميراث وقد بينا أنهم لو شهدوا بالنسب فى حال الحياة لم يضمنوا شيئا بعد الموت. واذا شهدوا بالوصية ضمنوا لان استحقاق الوصية عند الموت بالعقد لا بالموت فان الملك للموصى له ملك متجدد ثابت بالعقد بخلاف الميراث فانه خلافه على معنى أنه يبقى للوارث من الملك ما كان ثابتا للمورث وهذه الخلافة لا تتحقق الا بالموت ٭ يوضح الفرق أن الشهادة بالنسب فى حالة الحياة وان كانت توجب الميراث بعد الموت ففيها معنى المعاوضة لجواز أن يموت المشهود له أولا فيرثه المشهود عليه فلهذا لا يجب الضمان على الشهود ولا تتحقق مثل هذه المعاوضة فى الشهادة بالوصية بالثلث فكان هذا بمنزلة الشهادة على النسب بعد الموت فيكون موجبا للضمان عليهما اذا رجعا ولو شهدا بعد موته أنه أوصى بهذه الجارية لهذا المدعى وهى تخرج من ثلثه فقضى له بها فاستولدها ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمتها يوم قضي بها ولم يضمنا العقر ولا قيمة الولد لانهما أتلفا ملك الرقبة على الورثة بشهادتهما الملك للموصى له فيضمنان قيمة الرقبة كذلك بمنزلة ما لو شهدا بالهبة والتسليم فى حياة صاحبها وكذلك لو ولدت من غيره لم يضمنا للورثة شيئا من قيمة الولد لانهم ما استحقوا الولد ولا استحقاق لا يثبت الا بعد الوجود وعند وجود الولد هى مملوكة للموصى له بحكم الحاكم دون الورثة وان كانت ميتة فالقول فى قيمتها قول الشاهدين فى قيمتها لانكارهما الزيادة وان كانت حية فقال الشاهدان قد ازدادت قيمتها لم يصدقا على ذلك وضمنا قيمتها اليوم الا أن يقيم البينة على ما قالا لان قيمتها

فى الحال دليل ظاهر على قيمتها فيما مضى والبناء على الظاهر واجب وعلى من يدعى خلاف الظاهر اقامة البينة فان أقام البينة أخذ بذلك الا ان تقيم الورثة البينة على ان قيمتها يوم شهدا أكثر مما قال شهودهما فيؤخذ ببينة الورثة لما فيها من اثبات الزيادة. ولو شهدا ان الميت أوصى الى هذا فى تركته فقضى القاضى بذلك ثم رجعا لم يضمنا شيئا لانهما ما أتلفا على الميت ولا على الورثة شيئا بشهادتهما انما نصبا من يحفظ المال عليهم ويقوم التصرف فيه لهم وذلك غير موجب اتلاف شيء عليهم فان استهلك الوصى المال فهو ضامن لانه كان أمانة فى يده ولا ضمان على الشاهدين لانهما لم يشهدا على استحقاق فى علمه المال بعينه وانما أتلف المال باستهلاك الوصى باختياره فيكون ضمانه عليه والله أعلم

باب الرجوع عن الشهادة على الشهادة

(قال رحمه الله واذا شهد شاهدان على شهادة أربعة وشاهدان على شهادة شاهدين بحق فقضي به ثم رجعوا فعلى الشاهدين الذين شهدوا على شهادة الاربعة الثلثان وعلى الشاهدين الآخرين الثلث في قول أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله الضمان على الفريقين نصفين) لان شهادة كل فريق على شهادة غيره فى حكم الضمان عند الرجوع بمنزلة شهادته على شهادة نفسه (ألا ترى) ان الاتلاف يحصل بشهادة كل فريق اذا انفرد سواء شهد على شهادة نفسه أو على شهادة غيره وسواء شهد على شهادة شاهدين أو شهادة أربعة فلما استويا فى علة الاتلاف يستويان فى الضمان عند الرجوع وهذا لان شهادة الاثنين على شهادة الاربعة أضعف من شهادتهما على الحق بعينه لانهما فى الشهادة على الحق بعينه يشهدان على معاينة وفى الشهادة على شهادة الاربعة يشهدان عن خبر ثم لو شهدا على الحق بعينه وشهد آخران كذلك ثم رجعوا كان الضمان على الفريقين نصفين كذا هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قال اللذان شهدا على شهادة الاربعة فى الصورة اثنان وفى المعنى أربعة لان القضاء يكون بشهادة الاصول لا بشهادة الفروع ولهذا يعتبر عدالة الاصول وهذا لان الفروع ينقلون شهادة الاصول الى مجلس القاضي فكان الاصول حضروا بانفسهم وشهدوا واذا ثبت هذا كان بمنزلة مالو شهد أربعة على الحق واثنان على الحق ثم رجعوا جميعا بعد القضاء فيكون الضمان عليهم أسداسا ثم ما يجب على الاربعة لو حضروا وشهدوا يقضى به على من

أثبت شهادتهم فى مجلس القاضى بشهادته وهما اللذان شهدا على شهادة الاربعة قال (ألا ترى) أن أربعة لو شهدوا على شهادة اثنين وشهد اثنان على شهادة اثنين ثم رجعوا بعد القضاء أن نصف الضمان على الاربعة ونصفه على الاثنين وما كان ذلك الا باعتبار عدد الاصول دون الفروع وكذلك فى الفصل الاول الا أن محمدا رحمه الله يفرق بينهما ويقول شهادة الاربعة على شهادة المثنى أضعف من شهادتهم على الحق بعينه فلهذا لا يجب عليهم مايلزمهم أن لو شهدوا على الحق بعينه وفي الاول كذلك يقول شهادة الاثنين على شهادة الاربعة أضعف من شهادتهما على الحق فلا يجوز أن يلزمهما به أكثر مما يلزمهما أن لو شهدوا على الحق بعينه فانما أنظر في الوجهين الى الاقل مما يلزم الشهود بشهادتهم وشهادة من شهدوا على شهادته فالزمهم الاقل من ذلك وهذا نوع استحسان فيه والقياس ما ذهب اليه أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله. واذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وشاهدان على شهادة شاهدين فقضى القاضى بذلك ثم رجع واحد من هؤلاء وواحد من هؤلاء فعلى الراجعين ربع المال لان بقاء أحد الشاهدين من أحد الفريقين يبقى نصف المال فانه مع صاحبه كان حجة تامة في جميع المال فيبقى ببقائه نصف المال وكذلك بقاء الواحد من الفريق الآخر يبقى نصف المال الا أن هذا النصف شائع نصفه مما هو باق بشهادة الواحد من الفريق الاول فانما يعتبر بقاء نصف هذا النصف ببقائه على الشهادة وانما انعدمت الحجة في ربع المال فيضمن الراجعان ذلك (وقع) في بعض النسخ فعلى كل واحد من الراجعين ربع المال ووجهه أنهم لو رجعوا جميعا ضمن كل واحد منهم ربع المال وبقاء المثنى هنا على الشهادة لم تبق الحجة بجميع المال فيجب على الراجعين مايلزمهما لو رجعوا وذلك نصف المال وقيل هذا قول أبي يوسف رحمه الله فأما عند محمد رحمه الله على الراجعين ثمنان ونصف على ما ذكره في الجامع وهى مسئلة الفئة معروفة بناء على اعتبار حال من بقى على الشهادة فى القوة والضعف فقد ذكر هنالك مسئلة الرجوع لا كمال الحجة فيها وجه واحد واوجب على الراجعين ثلاثة أثمان المال وذكر مسئلة لا كمال الحجة فيها ثلاثة وجوه وأوجب على الراجعين ثمن المال ثم قال فى هذه المسئلة لاكمال الحجة وجهان أن يشهد واحد على شهادة هذين أو يشهد واحد على شهادة الآخرين فكان حال من بقى على الشهادة في هذا الفصل دون حاله فى الوجه الثانى وفوق حاله فى الوجه الاول فباعتبار ذلك أوجب على الراجعين ثمنين ونصفا وقد بينا ذلك فيما أمليناه من شرح الجامع. واذا شهد شاهدان على

شهادة شاهدين فقضى به القاضى ثم ان الشاهدين الاولين أتيا القاضى فقالا لم نشهدهم على شهادتنا فقضاء القاضى ماض على حاله لان انكارهما الاشهاد خبر متمثل بين الكذب والصدق فلا يبطل قضاء القاضى كما لو شهدا بانفسهما وقضى القاضى ثم رجعا ولكن لاضمان عليهما هنا لانهما ينكران سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما ولو قال كنا أشهدناهم على شهادتنا ولكنا رجعنا عن ذلك فكذلك الجواب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هما ضامنان للمال لان الفرعين قاما مقامهما فى نقل شهادتهما الى مجلس القاضى فاما القضاء حصل بشهادة الاصلين ولهذا تعتبر عدالتهما فكانهم حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا فيلزمهما الضمان وهما قال الموجود منهما شهادة فى غير مجلس القضاء والشهادة فى غير مجلس القضاء لا تكون سببا لاتلاف شئ فلا يلزمهما الضمان وان رجعا عن ذلك لان الشهادة تختص بمجلس القضاء كالرجوع وقد بينا أن الرجوع فى غير مجلس القضاء لا يوجب الضمان على الشهود فكذلك الشهادة فى غير مجلس القضاء ولا نقول أن الفروع نائبون عن الاصول فى نقل شهادتهم الى مجلس القاضى فانهم بعد الاشهاد لو منعوهم عن أداء الشهادة كان عليهم الاداء اذا طلب المدعى ولو كانوا نائبين عن الاصول لما كان لهم ذلك اذا منعهم الاصول عن الاداء ولكنهم يشهدون على ما تحملوا وهو اشهاد الاصول اياهم على شهادتهم ولو شهدوا على الحق بعينه ما كانوا نائبين فيه عن أحد فكذلك اذا شهدوا على شهادة الاصول. ولو رجع الفروع والاصول جميعا فالضمان على الفروع خاصة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما بينا أن سبب الاتلاف الشهادة القائمة فى مجلس القاضى وانما وجد ذلك من الفروع دون الاصول فالضمان عليهم عند الرجوع وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الفروع وان شاء ضمن الاصول لان كل واحد من الفريقين لو رجع وحده كان ضامنا للمال المقضى به عند محمد رحمه الله فاذا رجع الفريقان يجعل فى حق كل فريق كأنه هو المنفرد بالرجوع ويتخير المشهود عليه لانه لا مجانس بين شهادة الفريقين فقد كانت شهادة الاصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل فى حكم شهادة واحدة فيكون الضمان عليهم جميعا بل يجعل كل فريق كالمنفرد للمشهود عليه بالخيار يضمن أى الفريقين شاء كالغاصب مع غاصب الغاصب للمغصوب منه أن يضمن أيهما شاء والله أعلم

باب الرجوع عن الشهادة فى الحدود وغيرها

(قال رحمه الله واذا شهد شاهدان على رجل بسرقة ألف درهم بعينها فقطعت يده ثم رجعا ضمنا دية اليد فى مالهما ولا قصاص عليهما عندنا) لان لوجوب منهما بسبب القصاص والقصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بين المباشرة والسبب ولان اليدين لا يقطعان بيد واحدة هكذا ذكره ابراهيم رحمه الله عن على رضى الله عنه قال لا يقطع يدان بيد فاذا امتنع وجوب القود عليهما ضمنا دية اليد فى مالهما لان رجوعهما عن الشهادة قول وهو ليس بحجة فى حق العاقلة وضمنا الالف أيضا لانهما أتلفاه على المشهود عليه وكذلك كل قصاص فى نفس أودونها والشافعى رحمه الله يوجب القود على الشهود عند الرجوع والمسئلة فى الديات. ولو شهد أربعة على رجل بالزنا ولم يحصن فجلده الامام وجرحته السياط ثم رجعوا عن الشهادة فعند أبى حنيفة رحمه الله ليس عليهم أرش الجراحة خلافا لهما وقد بينا فى الحدود. ولو لم تجرحه السياط فلا ضمان عليهم بالاتلاف كما لو باشروا ضربا غير مؤثر وعلى هذا حد القذف وحد الخمر والتعزير. ولو شهد رجلان على رجل انه أعتق عبده وشهد عليه أربعة بالزنا والاحصان فاجاز القاضى شهادتهم وأعتقه ورجمه ثم رجعوا فعلى شهود العتق قيمة العبد لمولاه لانهم أتلفوا مالية المولى فيه بشهادتهم بالعتق وعلى شهود الزنا الدية لمولاه أيضا ان لم يكن له وارث غيره لانهم أتلفوا نفسه بشهادتهم عليه بالزنا والاحصان بغير حق فان (قيل) المولى كان جاحدا للعتق فكيف يضمنون الشهود الدية (قلنا) لان القاضى حكم بعتقه وزعم المولى بخلاف ما قضى القاضى بعد قضائه غير معتبر فان (قيل) كيف يجب للمولى بدلان عن نفس واحدة (قلنا) وجوب القيمة على شهود العتق بدل عن المالية ووجوب الدية باعتبار النفسية ثم الدية لا تجب للمولى ولكن للمقتول حتى تنفذ منه وصاياه وتقضى ديونه (ألا ترى) انه لو كان له ابن حر كانت الدية له دون مولاه أرأيت لو شهدوا أنه ابنه وشهد آخرون بالزنا والاحصان ثم رجعوا أما كان على شهود النسب القيمة وعلى شهود الزنا الدية وكذلك لو كان شاهدا العتق بعض شهود الزنا فعليهما من القيمة حصتهما من الدية لان المشهود به مختلف فاتحاد الشهود فى ذلك واختلافهم سواء. وكذلك لو كان شهود العتق رجلا وامرأتين لان العتق ليس بسبب للحد وهما مما يثبت مع الشبهات فشهادة رجل وامرأتين به كشهادة رجلين ولو شهد أربعة على العتق والزنا والاحصان

فامضى القاضى ذلك كله ثم رجعوا عن العتق ضمنوا القيمة لاقرارهم بالرجوع لانهم أتلفوا مالية المولى فيه بغير حق ولا شيء عليهم من الدية لانهم مصرون على الشهادة عليه بالزنا وفى حق العتق هم بمنزلة شهود لاحصان ورجوع شهود الاحصان لا يوجب الضمان عليهم عندنا ولو رجع اثنان عن الزنا واثنان آخران عن العتق فلا ضمان على شهود العتق لانه قد بقى على العتق حجة كاملة وعلى اللذين رجعا عن الزنا نصف الدية لان الباقى على الشهادة فى حكم الرجم نصف الحجة فيجب على الراجعين نصف الدية وحد القذف. ولو شهد أربعة على رجل بالزنا والاحصان فقضى القاضي بذلك وأمر برجمه فرجعوا عن الشهادة وقد جرحته الحجارة وهو حى فان القاضى يدرأ عنه الرجم بمنزلة ما لو رجعوا قبل أن يأخذوا فى رجمه وهذا لان الامام لا يتمكن من استيفاء الحد الا بحجة قائمة ولم تبق الحجة بعد رجوعهم وهم ضامنون أرش جراحته لان ذلك مما استحق بشهادتهم فضمانه عليهم عند الرجوع .ولو شهدا أنه صالحه من دم عمدا على ألف درهم ثم رجعا لم يضمنا شيئا أيهما كان المنكر للصلح لانه اذا كان المنكر للصلح هو المولى فقد شهدا عليه بسقوط حقه بعوض وقد بينا أنهما لو شهدا عليه بالعفو بغير عوض ثم رجعا لم يضمنا فهذا أولى وان كان المنكر هو القاتل فقد سلم له بنفسه وما ألزماه من العوض دون بدل نفسه وقد بينا تقوم النفس في حقه ولهذا لو صالح فى مرضه على قدر الدية أو دونه اعتبر من جميع المال فلا يضمنان له شيئا لذلك. ولو شهدا أنه صالحه على عشرين ألفا والقاتل يجحد ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا الفضل على الدية لانهما الزماه مازاد على الدية بغير عوض. وكذلك هذا فيما دون النفس ان شهدوا على الصلح على مقدار الارش أو دونه لم يضمنا عند الرجوع شيئا وان شهدا على الصلح على أكثر من الارش ضمنا الفضل للجارح اذا كان جاحدا لذلك. ولو قال الطالب صالحتك على ألف درهم وقال المدعى عليه بل على خمسمائة فالقول قوله مع يمينه لانكاره الزيادة فان أقام الطالب بينة على ألف درهم فقضى له بها ثم رجع شهوده ضمنوا الخمسمائة التى وجبت بشهادتهم لانه لولا شهادتهم لكان القول قول المنكر فانما لزمته تلك الزيادة بشهادتهم. واذا شهد شاهدان على رجل أنه عفا عن دم خطأ أو جراحة خطأ أو عمدا فيها أرش فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا الدية وأرش تلك الجراحة لانهما أتلفا على المشهود عليه المال بشهادتهما فالخطأ موجب للضمان فيضمنان ذلك عند الرجوع ولكن بالصفة التى كانت واجبة وقد كانت

الدية واجبة مؤجلة فى ثلاث سنين فيجب عليهما ضمانها في ثلاث سنين أيضا وما بلغ من أرش الجراحة خمسمائة فصاعدا الى ثلث الدية فى سنة وما زاد على ذلك الى الثلث ففى سنة أخرى وان كان الارش أقل من خمسمائة ضمناه حالا . وكذلك الدية ان كانت قد وجبت حالة ولم يؤخذ منها شئ فشهدا أنه أبرأه منها وقضي بالبراءة ثم رجعا ضمنا ذلك حالا لانهما كذلك أتلفاه بشهادتهما على المشهود عليه (ألا ترى) أنهما يضمنان الجيد بمثله والرديئ بمثله وهذا لان وجوب الضمان عليهما بطريق الجبران وانما يتحقق ذلك اذا كان الضمان نصفه الفائت . واذا شهد شاهدان على عبد في يد رجل أنه لفلان فقضى القاضى له به والذى فى يده العبد يجحد ذلك ثم رجعا وضمنهما القاضى القيمة فادياها أو لم يؤدها حتى وهب المشهود له العبد من المشهود عليه وقبضه فان الشاهدين يبرآن من الضمان ويرجعان فيما أديا لان وجوب الضمان عليهما لاجل الجبران وقد انعدمت الحاجة الى ذلك برجوع العبد الى يد المولى من غير عوض وهو يزعم أن العبد سلم له بملكه القديم لا بالهبة التى باشرها المشهود له فزعمه معتبر في حقه فان رجع الواهب فى العبد وقبضه رجع المشهود عليه بالضمان على الشاهدين لان فوات ملكه ويده كان بسبب شهادتهما لولا ذلك لما تمكن المشهود له من استرداد العبد منه ولان الهبة لما انفسخت بالرجوع صارت كان لم تكن . وان مات المشهود له فورث المشهود عليه منه العبد رجع عليه الشاهدان بما أعطياه من القيمة لانه يزعم أن وصول العبد الى يده بقديم ملكه لا بالموت . وكذلك لو كان العبد قتل فاخذ المشهود له القيمة فورث المشهود عليه منه تلك القيمة لان عود بدل العبد اليه كعود عينه . وكذلك لو ورث مثلها من تركته لان فى زعمه أن القيمة دين له على المشهود وانما استوفى تركته بحساب الدين دون الميراث وكذلك ان كان معه وارث آخر وفى حصته من تركة الميت وفاء بالقيمة ففى حقه يجعل ذلك سالما له بجهة دينه كما يزعم وينعدم النقصان بسببه فلا يجب ضمانه على المشهود بطريق الجبران . ولو شهد شاهدان على رجل انه تزوج هذه المرأة على ألف درهم وهى مهر مثلها والزوج يجحده فقضى القاضى بذلك ثم طلقها عند القاضى ثم رجعا فلا شئ عليها لانهما أدخلا فى ملكه ماهو مثل لما ألزماه فالبضع عند دخوله فى ملك الزوج يتقوم ثم تقرر نصف الصداق على الزوج كان بايقاعه الطلاق باختياره . ولو كان الزوج قال تزوجتها بغير تسمية مهر كان على الشاهدين فضل ما بين المتعة الى الخمسمائة التى غرمها الزوج لان النكاح قد ثبت هنا

بتصادقهما والقول قول المنكر للتسمية لولا شهادتهما ولا يلزمه أكثر من المتعة عند الطلاق فما زاد على المتعة الى تمام الخمسمائة انما لزمه بشهادتهما فيضمنان ذلك له عند الرجوع ولو شهد آخران على الدخول قبل الطلاق ثم رجعوا فعلى شهود الدخول خمسمائة خاصة لان تلك الخمسمائة انما لزمته قبل الطلاق بشهادتهما عليه بالدخول وعليهما وعلى الشاهدين بالالف فضل مابين المتعة والخمسمائة نصفان لان لزوم ذلك القدر اياه بشهادة الفريقين جميعا. ولو شهد آخران أيضا على الطلاق فقضى القاضي بجميع ذلك ثم رجعوا فعلى شاهدى الدخول خمسمائة لان لزوم ذلك بشهادتهما خاصة وعليهما أيضا وعلى شاهدى التسمية فضل ما بين المتعة الى نصف الاول وعلى شاهدى الدخول وشاهدى التسمية وشاهدى الطلاق قدر المتعة أثلاثا على كل شاهدين ثلث ذلك لان تقرر ذلك القدر كان بشهادتهم جميعا. ولو شهد شاهدان على رجل انه تزوج امرأة على ألف درهم ومهر مثلها خمسمائة وشهد آخران على الدخول وآخران على الطلاق والزوج يجحد ذلك كله ثم رجعوا فعلى شاهدي النكاح خمسمائة لانهما ألزماه ألفا وعوضاه من ذلك ما يساوى خمسمائة فما زاد على ذلك أتلفاه بغير عوض فيضمنان ذلك له وليس عليهما غير ذلك (ألا ترى) أنهما لو شهدا عليه بالنكاح بخمسمائة لم يضمنا شيئا فاما في الخمسمائة الباقية فيضيف ذلك على شاهدى الدخول خاصة لان ذلك انما لزمه بشهادتهما على الدخول فالخمسمائة التى ضمنهما شهود العقو شائعة فكذلك الخمسمائة الاخرى تكون شائعة نصف ذلك مما يتقرر عليه بالدخول فيجب ضمان ذلك علي شاهدى الدخول ونصف هذه الخمسمائة عليهما وعلى شاهدى الطلاق نصفان لان تقرر ذلك عليه بشهادة الفريقين واذا شهد أربعة نفر على رجل بحق فشهد عليه اثنان بخمسمائة واثنان بالف فقضى به القاضي ثم رجع أحد شاهدى الالف فعليه ربع الالف لان نصف الالف ثبت بشهادته وشهادة صاحبه على الشهادة وانما انعدمت الحجة فى نصفه فان رجع معه شاهد الخمسمائة كان على شاهدى الالف ربع الالف كما بينا وعليه أيضا وعلى الآخرين ربع سهم أثلاثا لان الشهود على النصف الآخر كانوا أربعة وقد بقى نصفه ببقاء الواحد على الشهادة فيجب على الذين رجعوا نصف ذلك النصف بينهم اثلاثا وان رجع أحد شاهدي الخمسمائة وحده أو هما جميعا فلا شئ عليهما لانه قد بقى على الشهادة بتلك الخمسمائة من يتم الحجة بشهادته وان رجعوا جميعا كان على شاهدي الالف خمسمائة خاصة لان ذلك يستحق بشهادتهما خاصة والخمسمائة الاخرى عليهم

أثلاثا أرباعا لانها ثابتة بشهادة الاربعة فعند الرجوع ضمانها عليهم ارباعا وان رجع شاهدا الالف وأحد شاهدي الخمسمائة فنصف الالف على شاهدى الالف خاصة والربع عليهم أثلاثا لان الحجة بقيت فى ربع الالف ببقاء أحد شاهدى الخمسمائة على شهادته واذا شهد على مجهول الحال انه عبد لهذا الرجل فقضى بشهادتهما ثم رجعا فلا شهادة عليهما للعبد لانهما أبطلا عليه الحرية الثابتة له باعتبار الظاهر والحرية ليست بمال ولانهما لو ضمنا انما يضمنان للعبد وما يكون للعبد فهو لمولاه منكرا لرجوعهما فان كان العبد كاتب نفسه على مال أو اشترى نفسه بمال ثم رجع فلا شئ له على الشاهدين لانهما لو رجعا قبل العتق والمكاتبة لم يضمنا شيئا فكذلك بعده ولان هذا المال التزمه العبد باختياره فلا يستوجب الرجوع به على الشاهدين. رجل مات وترك عبدين وأمة ومالا فشهد شاهدان أن هذا الرجل أخوه لابيه وأمه ووارثه لا وارث له غيره فقضي بالمال له والعبدين والامة ثم شهد شاهدان بعد ذلك ان أحد العبدين بعينه ابن الميت فاجاز القاضى شهادتهما وأعطاه الميراث كله ثم شهد آخران أن العبد الثانى ابن الميت فقضي به أيضا ثم شهد آخران أن الميت أعتق هذه الامة وتزوجها فى حياته وصحته فقضى بذلك وجعلها وارثة معهم ثم رجع اللذان شهدا للعبد الاول ضمنا قيمته بين الابن الآخر والمرأة أعانا لانه لولا شهادتهما لكانت رقبة المشهود له بين الآخر والمرأة على ثمانية فانما تلف ذلك عليهما بشهادتهما فقد أقرا بالرجوع أنهما أتلفا ذلك بغير عوض وكذلك لو لم يرجع ورجع شهود الابن الثانى ضمنا قيمته بين الابن الاول والمرأة أثمانا لما قلنا ويضمنان ميراثه لاخته دون المرأة لان جميع الميراث كان مستحقا له بقضاء القاضي قبل شهادتهما فانما أتلفا عليه ذلك بشهادتهما وما أتلفا شيئا من الميراث على المرأة بشهادتهما لان استحقاقها عند الشهادة لم يكن ثابتا وانما ثبت بالبينة على نكاحها بعد ذلك ولهذا فى الفصل الاول لايضمن الشهود شيأ مما يورث الابن الاول لانهما لم يثبتا استحقاق ذلك على الابن الثانى والمرأة بشهادتهما فالاستحقاق لم يكن ظاهرا عند شهادتهما وانما ثبت بثبوت سببه بعد ذلك ولا يضمنان للاخ أيضا لان مااستحق بشهادتهما على الاخ مستحق عليه بشهادة غيرهما فى حق الاخ بقيت الشهادة حجة تامة في حق استحقاق الميراث عليه ولو لم يرجع هذان ورجع شاهدا المرأة ضمنا قيمتها وميراثها بين الابنين لانهما أتلفا بشهادتهما ملك الابنين في رقبتها وأثبت استحقاقها الميراث عليهما بشهادتهما بالنكاح وقد

أقرا بالرجوع أنهما شهدا بذلك كله بغير حق وان كان الشاهدان للمرأة هما الشاهدان على نسب الابن الاول والابن الآخر ثم رجعوا عن الشهادة كلها كان الضمان عليهم كذلك لان المشهود به مختلف فلا فرق بين اتحاد المشهود واختلافهم فى ذلك وسواء رجعوا معا أو متفرقين لان أصل الشهادة كان مختلفا بعضها قبل بعض والضمان عليهم عند الرجوع باعتبار الشهادة السابقة. ولو شهد شاهدان على ذلك كله معا وبعضهم لا يصدق بعضا ثم رجعا ضمنا ثمن المرأة وقيمتها بين الاثنين لانهما أتلفا على الاثنين فلولا شهادتهما بذلك لكان ذلك مستحقا للاثنين بقضاء القاضى بينهما ويضمنان من قيمة كل ابن لصاحبه سبعة أسهم من ثمانية أسهم وللمرأة الثمن كما لو شهد بكل شيء شاهدان آخران وكذلك لو رجعا عن الشهادة واحد بعد واحد كان الحكم كما بينا والله أعلم

باب من الرجوع أيضا

(قال رحمه الله رجل له جاريتان لكل واحدة منهما ولد ولدته فى ملكه فشهد شاهدان لاحد الابنين أن الرجل أعاده وهو منكر وشهد آخران للولد الآخر بمثل ذلك فقضى القاضى بابهما أباه وجعل الامتين كالولد ثم رجعوا عن شهادتهم والولد حي ضمن كل شاهدين منه قيمة الولد الذى شهدوا له وبين قيمتها أمة الى قيمتها أم ولد لانهما أتلفا عليه ذلك القدر بشهادتهما فالثابت فى شهادتهما فى حياته حرية الولد ونقصان الاستيلاء فى الام فاذا غرما ذلك واستهلكه الاب ثم مات ولا وارث له غيرهما وكل واحد من الاثنين يجحد صاحبه ضمن كل شاهدين للولد الآخر نصف قيمة أم الولد الذى شهدوا له لانها عتقت عند الموت بشهادتهما فيضمنان مابقى من قيمتها الا أن ذلك ميراث بين الابنين نصفان والابن المشهود له يصدقهما فى الشهادة ويكذبهما فى الرجوع فسقطت حصته من ذلك فانما يبقى على كل فريق حصة الابن الآخر لانه مدعى لذلك عليهما ويرجع شاهدا كل ولد في الميراث الذى ورثه الولد الذى شهدا له بجميع ما أخذ منهما الوالد في حياته لان المشهود له يقران ذلك دينا لهما على الاب وانه قد استوفى ذلك منهما بغير حق لانهما صادقان فى الشهادة وأحد الوارثين اذا أقر بدين على الميت يستوفي جميع ذلك من نصيبه ولا يرجعان فى نصيبه بما ضمنهما أخوه من نصف قيمة أمه لانهما يزعمان أنهما شهدا بغير حق فكانا ضامنين جميع ذلك له واذا شهد شاهدان

على الجل بطلاق وهو يجحده فقضى القاضي بالفرقة وبنصف المهر لها ثم مات الرجل ثم رجعا عن شهادتهما غرما لورثة الزوج نصف المهر الذى أخذته المرأة لانهما لو رجع في حياة الزوج كان ضامنين ذلك له وقد تبين بعد موته أنهم يخلفونه فيضمنون ذلك للورثة اذا رجعوا بعد الموت أيضا ولا ميراث للمرأة منه ان كانت ادعت الطلاق أو لم تدع ان أقر الورثة أنه طلقها أو لم يطلقها لانها قد بانت في حياته وانما تستحق الميراث بالنكاح اذا انتهى بالوفاة فاذا بانت في حياته وصحته بقضاء القاضي لم تكن هي وارثة له فلا ينفعها قول الورثة والشهود ما أتلفوا عليها شيئا من الميراث لانهم شهدوا بالفرقة في حياة الزوج ولم تكن هي مستحقة للميراث عند ذلك لجواز ان تموت قبله ولو كان شهدا بذلك بعد موت الزوج وادعى ذلك الورثة فقضى القاضي لها بنصف المهر في ماله ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا للمرأة نصف المهر والميراث لان حقها في جميع المهر قد تقرر بموت الزوج واستحقت الميراث أيضا فانما بطل حقها عن نصف المهر وعن الميراث بشهادتهما بالفرقة في حال الحياة فيضمنان ذلك عند الرجوع ولا يضمنان لسائر الورثة شيئا لانهما لم يتلفا على سائر الورثة شيئا قد تقرر حقها في جميع المهر بموت الزوج قبل ظهور الفرقة فهما نفعا للورثة باسقاط نصف مهرها وميراثها عنهم فلهذا لم يضمنا للورثة شيئا والله أعلم بالصواب

كتاب الدعوى

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء اعلم بان الله تعالى خلق الخلق أطوارا علومهم شتى متباينة ولتباين الهمم تقع الخصومات بينهم فالسبيل في الخصومة قطعها لما في امتدادها من الفساد والله تعالى لا يحب الفساد وطريق فصل الخصومات للقضاة بما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وهذا وان كان من اخبار الاحاد فقد تلقته العلماء رحمهم الله بالقبول والعمل به فصار في حيز التواتر وعد هذا من جوامع الكلم على ما قال عليه الصلاة والسلام أوتيت جوامع الكلم واختصر لى الحديث اختصارا فقد تكلم كلمتين استنبط العلماء رحمهم الله منهما ما بلغ دفاتر فقال قتادة في قوله تعالى وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب ان الحكمة النبوة وفصل الخطاب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه فهذا دليل على ان

ما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كان فى شريعة من قبله وفى هذا الحديث بيان
ان المدعى غير المدعى عليه لانه صلى الله عليه وسلم ميز بينهما وذلك تنصيص على المغايرة
كما في قوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر يكون تنصيصا على أن العاهر
غير صاحب الفراش والمدعى لغة من يقصد ايجاب حق على غيره فالمدعى فعل يتعدى مفعوله
فيكون المدعى اسما لفاعل الدعوى كالضارب والقاتل الا ان اطلاق اسم المدعى فى عرف
اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة
البينة فاما بعد اقامة البينة يسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة مدعى النبوة ولا يقال لرسول
الله صلى الله عليه وسلم يدعى النبوة لانه قد أثبته بالمعجزة فعرفنا ان اطلاق الاسم على من
لا حجة له عرفا وهذا الحديث يشتمل على أحكام بعضها يعرف عقلا وبعضها شرعا فقوله
صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى يدل على انه لا يستحق بمجرد الدعوى وهذا معقول
لانه خبر متمثل بين الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة فدل على انه يستحق بالبينة
وهذا شرعي وفي خبر الشهود الاحتمال قائم ولا يزول بظهور العدالة لان العدل غير معصوم
عن الكذب أو القصد الى الكذب لحصول البينات أو الاستحقاق بشهادتهم شرعي وكذلك
قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على المدعى عليه ففيه دليل على ان القول قوله وهذا معقول
لانه متمسك بالاصل فالاصل براءة ذمته وانتفاء حق الغير عما فى يده وفيه دليل توجه اليمين
عليه وهذا شرعي وكان المعنى فيه والله أعلم ان المدعى يزعم انه صار متويا حقه بانكاره
فالشرع جعل له حق استحلافه حتى ان كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة للمدعى
عليه فيكون أتوا بمقابلة اتواء وهو مشروع وان كان بخلاف ما زعم نال المدعى عليه الثواب
بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر به وفيه دليل على ان جنس البينات
فى جانب المدعين لادخال الالف واللام فى البينة فلا تبقى بينة في جانب المدعى عليه لان
مطلق التقسيم يقتضى انتفاء مشاركة كل واحد منهما عن قسم صاحبه فيكون حجة لنا ان
بينة ذي اليد على اثبات الملك لنفسه غير مقبولة في معارضة بينة الخارج ويدل على أن جنس
الايمان فى جانب المدعى عليه ولا يمين فى جانب المدعى فيكون دليلا لنا في انه لا يرد اليمين على
المدعى عند نكول المدعى عليه وهكذا ذكره عن ابراهيم رحمه الله فى الكتاب فقال كان لا يرد
يعنى عملا بالحديث كان لا يرد اليمين ويكون حجة لنا فى أنه لا يجوز القضاء بشاهد واحد مع

يمين المدعى اذ لا يمين فى جانب المدعى ولانه جعل الفاصل للخصومة سبين بينة في جانب المدعى ويمينا فى جانب المدعى عليه والشاهد واليمين ليست بينة ولا يمين المدعى عليه فكون أثبات طريق ثالث وهو مخالف لهذا الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم المدعي عام لم يدخله خصوص فالمدعى لا يستحق بنفس الدعوى ويستحق بالبينة فى الخصومات كلها وقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على المدعي عليه عام دخله خصوص وهو مالا يجرى فيه الاستحلاف من الحدود وغيرها (قال) واذا كانت الدار في يدى رجل فادعى رجل كلها أو طائفة منها فالبينة على المدعى واليمين على من الدار فى يديه ويحتاج هنا الى معرفة أشياء أحدها أن الدعوى نوعان صحيحة وفاسدة فالصحيحة مايتعلق بها أحكامها وهو احضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين اذا أنكر و مثل هذه الدعوي يمكن اثباتها بالبينة والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها الاحكام التى بيناها وفساد الدعوى باحد معنيين اما أن لا يكون ملزما للخصم شيئا وانما ثبتت كمن ادعى على غيره أنه وكيله أو أن يكون مجهولا في نفسه فالمجهول لا يمكن اثباته بالبينة فان القاضى لا يتمكن من القضا بالمجهول ببينة المدعي ولا بنكول المدعي عليه ثم الدعوى الصحيحة لا توجب استحقاق المدعى للمدعى بنفسها فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وفى رواية على من أنكر ولان على القاضى تحسين الظن بكل واحد فلو جعلنا نفس الدعوى موجبة استحقاق المدعى للمدعى فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز ولكن على المدعى البينة لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضى بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلعله يغفل عن ذلك وفيه نظر للآخر أيضا فانه لو حلفه ثم أقام المدعى البينة افتضح باليمين الكاذبة فلهذا بدأ بطلب البينة من المدعى فاذا لم يكن له بينة فاليمين على ذى اليد لانه منكر واليمين على من أنكر وهذه اليمين حق المدعى فاذا لم يكن له بينة فاليمين على ذى اليد وهذه حق لا يستوفى الا بطلبه هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث الحضرمى والكندى للمدعى منهما ألك بينة فقال لا قال عليه الصلاة والسلام لك يمين فقال يحلف ولا يبالى فقال صلوات الله عليه ليس لك الا هذا شاهداك أو يمينه فذلك تنصيص على ان اليمين حق المدعى فان (قيل) كيف يستحقها بنفس الدعوى (قلنا) كما يستحق الاحضار والجواب وذلك ثابت بالنص قال الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم الآية فقد ألحق الوعيد بمن امتنع من الحضور

بعد ما طولب به وذلك دليل أن الحضور مستحق عليه والضرر عليه فى الحضور والانقطاع عن أشغاله فوق الضرر عليه في الجواب واليمين فاذا ثبت ذلك بالنص ثبت هذا بطريق الاولى مع ان دعوى المدعى وانكار المدعى عليه خبران قد تعارضا ولا يتمكن القاضي من تركهما على ذلك لما فيه من امتداد الخصومة بينهما فلا بد من طلب رجحان جانب الصدق فى خبر أحدهما وذلك فى بينة المدعى أو يمين المدعى عليه وهذا يدل على ان هذه اليمين حق للمدعى عليه لان ما ترجح صدقه يكون حقا له الا أنه لما كان لا يستحق الا بطلب المدعى فذلك دليل على أنه حق المدعى ومعنى حقه فيه أنه يوصله الى حقه عند نكول المدعي عليه ويرجح معنى الصدق فى جانبه فلهذا يصير القاضى اليه بمجرد طلب المدعى ويستوى فيما ذكرنا صنوف الاملاك وأنواع المدعيين من حر أو عبد مسلم أو ذمى مستأمن أو مرتد فالقاضى مأمور بالعدالة والانصاف فى حق كل واحد . وكذلك اذا ادعاه شراء من ذى اليد أو هبة أو صدقة أو اجارة أو رهنا لانه يدعى استحقاق ملك العين أو المنفعة واليد على ذي اليد ببعض هذه الاسباب فكان مدعيا ولا يتوصل الى اثبات ما ادعاه الا باثبات سببه فيصير السبب مقصودا بالاثبات بالبينة لان مالا يتوصل الى المطلوب الا به يكون مقصودا قال وأصل معرفة المدعى من المدعا عليه أن ينظر الى المنكر منهما فهو المدعى عليه والآخر المدعى وهذا أهم مايحتاج الى معرفته فى هذا الكتاب وما ذكره فى الكتاب كلام صحيح فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل المدعى عليه المنكر بقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر ولكن تمام بيان الحد لايحصل بها فقد يكون مدعيا صورة واليمين فى جانبه كالمودع يدعي رد الوديعة أو هلاكها وذو اليد اذا قال العين لى فهو مدع صورة ولا يخرج من أن يكون مدعيا عليه ولكن الفرق بينهما على ما قاله بعض أصحابنا رحمهم الله أن المدعى من يستدعى على الغير بقوله واذا ترك الخصومة يترك والمدعا عليه من يستدعى عليه بقول الغير واذا ترك الخصومة لايترك وقيل المدعى من يشتمل كلامه على الاثبات ولا يصير خصما بالتكلم بالنفى فان الخارج لو قال لذى اليد هذا الشئ ليس لك لايكون خصما مدعيا مالم يقل هو لى والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفى فيكتفى به منه فان ذا اليد اذا قال ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر وقوله هو لى فصل من الكلام غير محتاج اليه وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير

حجة كذى اليد فانه اذا قال هو لى كان مستحقا له مالم يثبت الغير استحقاقه فاما المودع يدعى رد لوديعة أو هلاكها فهو مقبول القول فى ذلك لان الخصم سلطه على ذلك فيثبت بمجرد قوله فكان مدعى عليه أو لانه منكر الضمان فى ذمته فكان مدعا عليه فعلى الوجه الاول يحلف لنفى التهمة وعلى الوجه الآخر يحلف لانكاره الضمان (ألا ترى) أن الرد لا يثبت بيمينه حتى لو ادعى الرد على الوصي لا يكون الوصى ضامنا وان كان الذى فى يديه ادعى أنه باعه من هذا الرجل أو أجره فهو المدعى وعليه البينة لانه يدعى سبب نقل الملك فى العين أو المنفعة اليه واستحقاقه العوض عليه فيكون مدعيا محتاجا الى اثبات صدقه وعلى الآخر اليمين لانكاره قال وان ادعى دينا على رجل بوجه من الوجوه فانكر الآخر فالبينة على المدعى بدعواه أمرا عارضا وهو اشتغال ذمة الغير بحقه والمدعى عليه هو المنكر لتمسكه بالاصل وهو براءة ذمته فان أقر بالدين وقال قد قبضته اياه كان هو المدعى لان القضاء يعترض الوجوب فهو الذى يدعى الآن أمرا عارضا وكذلك ان ادعى الابراء أو التأجيل فهو المدعى لان الابراء مفرغ لذمته بعد اشتغالها باتفاقهما والتأجيل يؤخر المطالبة بعد تقرر السبب بوجه المطالبة باتفاقهما فهو الذى يدعى أمرا عارضا فعليه البينة ويدعى الآخر اليمين. قال دار فى يد رجلين كل واحد منهما يدعى أنها له وكل واحد منهما يدعي لما فى يد صاحبه لان فى يد كل واحد منهما نصف الدار فكأن الدار الواحدة بمنزلة دارين فى يد كل واحد منهما أحدهما وكل واحد منهما يدعيها فكان كل واحد منهما مدعيا لما فى يد صاحبه فعليه البينة ومنكرا لدعوى صاحبه فيما فى يده فان أقاما البينة قضى لكل واحد منهما بالنصف الذى فى يد صاحبه فرجحنا بينة الخارج على بينة ذى اليد في دعوى الملك المطلق فلو لم يقم لهما بينة يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وأيهما حلف بريء منهما وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله قائم مقام اقراره لما ادعاه صاحبه فقد أسلمت هذه البينة على فصلين أحدهما ان بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج أولى بالقبول عندنا وفي أحد قولى الشافعى تتهاتر البينتان ويكون المدعى لذى اليد كان فى يده لاقضائه له وفى القول الآخر ترجح بينة ذى اليد فيقضى به لذى اليد فقضاء ملك بالبينة وطريقه على القول الاول أن بينة الخارج حجة يجوز دفعها بالطعن فيها فيجوز دفعها بالمعارضة كالادلة الشرعية فاذا تحقق التعارض فالقاضى تيقن بكذب أحدهما لان العين الواحدة في وقت واحد لا تكون كلها

ملكا لكل واحد منهما فبطلت البينتان وبقي اليمين في يد ذي اليد بحكم يده وطريقه على القول الآخر أن ذا اليد له نوعان من الحجة اليد والبينة وللخارج نوع واحد وذو الحجتين يترجح على ذي حجة واحدة كما في دعوى النكاح وما في معناه وكما لو ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض فاقاما البينة وهذا لان بينة ذي اليد وجب قبولها الآن لصيرورته محتاجا الى اقامتها باقامة الخارج البينة ولنا في المسئلة طريقان أحدهما أن بينة ذي اليد تقوم على ما شهد له الظاهر به فلا تكون حجة كبينة المدين على أن لا دين عليه (ألا ترى) أنه لو أقامها قبل اقامة الخارج البينة لم تقبل وهو محتاج اليها في اسقاط اليمين عن نفسه والبينة تقبل لهذه الحاجة كما لو أقام المودع البينة على رد الوديعة أو هلاكها فكذلك بعد اقامة الخارج البينة وهذا لان شهود ذي اليد يشهدون له باعتبار يده القائمة ولا طريق لمعرفة الملك الا اليد وبينة الخارج لا تندفع بيد ذي اليد وان كان القاضي يعاينها فكذلك لا تندفع ببينة تعتمد تلك اليد بخلاف النتاج فان باعتبار اليد لا يجوز لهم الشهادة على النتاج وانما اعتمدوا سببا آخر ذلك غير ظاهر عند القاضي فلا بد من قبول البينة عليه وبخلاف بينة مجهول الحال على حريته لان الشهود لا يجوز لهم ان يشهدوا بحريته بسبب الدار فانما اعتمدوا شيئا آخر ذلك غير ظاهر عند القاضي وكذلك شهود الشراء لذي اليد الذي اعتمدوا سببا ذلك غير ظاهر أيضا عند القاضي فوجب قبول بينته ثم يترجح بيده والطريق الآخر ان البينات تترجح بزيادة الاثبات والاثبات في بينة الخارج أكثر لانه يثبت الملك على خصم هو مالك وبينة ذي اليد لا تثبت الملك على خصم هو مالك لان بمجرد اقامة الخارج البينة لم تثبت الاستحقاق له قبل القضاء فلا يصير هو مقضيا عليه لو قضى ببينة ذي اليد واذا قضى ببينة الخارج صار ذو اليد مقضيا عليه فلزيادة الاثبات رجحنا بينة الخارج بخلاف دعوي الخارج فان كل واحد من البينتين هناك يثبت أولية المالك لصاحبه وذلك لا يكون استحقاقا على غيره ولهذا لا يصير ذو اليد مقضيا عليه اذا أقام البينة على النتاج حتى لو أقام ذو اليد البينة على النتاج بعد قضاء القاضي للخارج وجب قبول بينته فلما استويا في الاثبات رجحنا بينة ذي اليد وكذلك اذا دعيا تلقى الملك من واحد فقد استوت البينات في الاثبات لان استحقاق كل واحد منهما على البائع فرجحنا بينة ذي اليد لتأكيد شرائه بالقبض وهذا بخلاف الادلة الشرعية فانها حجة في النفي والاثبات فيتحقق التعارض وهنا البينتان للاثبات لا للنفي وحاجة

ذى اليد الى استحقاق الخارج فلم يتحقق التعارض والفصل الثانى ان يكون المدعى عليه عن اليمين موجب للقضاء عليه بالمال عندنا ولكن ينبغى للقاضى ان يعرض عليه اليمين ثلاث مرات ويخبره فى كل مرة ان من رأيه القضاء بالنكول ايلاء لعذره فان لم يحلف قضى عليه وعند الشافعى رحمه الله يرد اليمين على المدعى فان حلف أخذ المال وان أبى انقطعت المنازعة بينهما وحجته فى منع القضاء بالنكول انه سكوت فى نفسه فلا يكون حجة للقضاء عليه كسكوته عن الجواب فى الابتداء وهذا لانه محتمل قد يكون للتورع عن اليمين الكاذبة وقد يكون للترفع عن اليمين الصادقة كما فعله عثمان رضى الله عنه وقال خشيت ان يوافق قدر يمينى فيقال أصيب بيمينه والمحتمل لا يكون حجة وحجته فى رد اليمين على المدعى على ما روى أن عثمان رضى الله عنه ادعى مالا على المقداد بن الاسود الكندى رضى الله عنه بين يدى عمر رضى الله عنه الحديث الى ان قال المقداد رضى الله عنه ليحلف عثمان رضى الله عنه ليحلف عثمان رضى الله عنه ويأخذ حقه فقال عمر رضى الله عنه لقد أنصف المقداد وعن على رضى الله عنه انه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه والمعنى فيه ان اليمين فى جانب المدعى عليه فى الابتداء لكون الظاهر شاهد له وبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعي فيعود اليمين الى جانبه ولهذا بدأنا فى اللعان بايمان الخروج لشهادة الظاهر له فانه لا يلوث فراشه كاذبا وبدأت أنا فى القيامة بيمين الولى للشهادة الظاهرة فان المسئلة فيما اذا كانت العداوة ظاهرة بين القتيل وأهل المحلة وكان العهد قريبا بدخولهم فى محلتهم الى ان وجد قتيلا ولنا فى المسئلة حديث عمر رضى الله عنه فانه قضى على الزوج بالطلاق فى قوله حبلك على غاربك عند نكوله عن اليمين على ارادة الطلاق وقضى أبو موسى الاشعرى رضى الله عنه لصحة الرجعة عند نكولها عن اليمين على أنها كانت بعد حل الصلاة لها وقال أبن مليكة رضى الله عنه كنت قاضيا بالبصرة فاختصم الى امرأتان فى سوار فطلبت البينة من المدعية فلم أجد وعرضت اليمين على الاخرى فنكلت فكتبت الى أبى موسى رضى الله عنه فورد كتابه ان أحضرهما واتل عليهما قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا الآية ثم أعرض اليمين على المدعية عليها فان نكلت فاقض عليها وقضى شريح رحمه الله بالنكول بين يدى على رضى الله عنه فقال له (قالون) وهى باللغة العربية أصبت وماروى عن على رضى الله عنه انه حلف المدعى فبناء على مذهبه لانه كان يحلف مع تمام حجة القضاء بالبينة ولسنا نأخذ بذلك وتأويل حديث المقداد رضى الله عنه أنه ادعى الايفاء على

عثمان رضى الله عنه وبه نقول ومن حيث المعنى اما طريقان أحدهما أن حق المدعى قبل المدعى عليه هو الجواب وهو جواب يوصله الى حقه وهو الاقرار فاذا فوت عليه ذلك بانكاره حوله الشرع الى اليمين خلفا عن أصل حقه فاذا منعه الحلف يعود اليه أصل حقه لانه لا تمكن من منع الحلف شرعا الا بايفاء ما هو أصل الحق وهذا الطريق على قولهما وأنهما يجعلان النكول بمنزلة الاقرار والطريق الآخر أن الدعوة لما صحت من المدعي يخير المدعا عليه بين بدل المال وبين اليمين فاذا امتنع منهما وأحدهما تجرى فيه النيابة دون الآخر ناب القاضى منابه فيما تجري فيه النيابة وهذا لان تمكنه من المنازعة شرعا بشرط ان يحلف فاذا أبى ذلك صار تاركا للمنازعة بتفويت شرطها فكأنه قال لا أنازعك في هذا المال فيتمكن المدعى من أخذه لانه يدعيه ولا منازع له فيه وهذا الطريق على أصل أبى حنيفة رحمه الله حيث جعل النكول بدلا ولا عبرة للاحتمال فى النكول لان الشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن الصادقة فيترجح هذا الجانب في نكوله ولانه لا يتمكن من الترفع عن اليمين الا ببذل المال فانه انما يرتفع ملتزما الضرر على نفسه لا ملحقا الضرر بالغير بمنع الحق والذى قال من شهادة الظاهر للمدعى عند نكول المدعى عليه لا يكون ذلك الا بترجح جانب الصدق فى دعوى المدعي وذلك موجب للقضاء ثم اليمين مشروعة للنفى لا للاثبات وحاجة المدعي الى الاثبات فلا تكون اليمين حجة له هذا معنى تعليل محمد رحمه الله لا أحول اليمين عن موضعه وهذا لانها في النفى لا توجب النفى حتى تقبل بينة المدعى بعد يمين المدعى عليه ففى غير موضعه وهو الاثبات أولى أن لا يوجب الاثبات والشهادات للاثبات ثم لا يستحق المدعى بشهادته لنفسه شيئا بحال فلان لا يستحق بيمينه لنفسه وهو فى غير موضع الاثبات كان أولي واذا تنازع رجلان فى دار كل واحد منهما يدعى أنها في يده فعلى كل واحد منهما البينة لان دعوى اليد مقصودة كما أن دعوى الملك مقصودة لان باليد يتوصل الى الانتفاع بالملك والتصرف فيه فان أقام كل واحد منهما البينة انها فى يديه جعل يد كل واحد منهما نصفها لتعارض البينتين وتساويهما فالمساواة فى سبب الاستحقاق توجب المساواة فى الاستحقاق فان كان المدعي قابلا للاشتراك يقضى لكل واحد منها بالنصف لمعنى الضيق والمزاحمة في المحل قال فاذا قام أحدهما البينة أنها له قضيت بها له لانه استحق بالبينة الملك فيما فى يد صاحبه ولم يعامله صاحبه بمثله ولا منافاة بين القضاء باليد لصاحبه والملك له بالبينة وقد كان أصحابنا رحمهم الله يقولون اذا قال المدعى هذا

الشئ ملكي وفي يدي لم يسمع القاضي دعواه وقال له اذا كان ملك في يدك فماذي تطلب مني .فتأويل تلك المسئلة أن الخصم لايدعى اليه لنفسه وهنا الخصم يدعى اليد لنفسه فلهذا قبل دعوى اليد لنفسه وقضى له بها عند اقامة البينة. وذكر الخصاف رحمه الله أن من ادعى دارا في يد غيره وانها له وأقام البينة فما لم يشهد الشهود أنها في يد المدعى عليه تقبل بينته لجواز أن يكون تواضعا في محدود في يد ثالث على أن يدعيه احدهما ويقر الآخر بانه في يده ليقيم البينة عليه بذلك وهو في يد غيرهما ولكن تأويل تلك المسئلة أن الخصم الآخر لم يثبت يده بالبينة وهنا قد أثبت كل واحد منهما يد البينة فلهذا قبلنا بينة أحدهما على صاحبه باثبات الملك له وان لم يقم لهما بينة على اليد وطلب كل واحد منهما يمين صاحب ماهي في يده فعلى كل واحد منهما أن يحلف البينة ما هي في يد صاحبه لانه لو أقر لصاحبه بما ادعى لزمه حقه فاذا أنكر حلف عليه وان لم يجعلها القاضي في يد واحد منهما لان حجة القضاء باليد لم تقم لواحد منهما ولكن يمنعهما من المنازعة والخصومة من غير حجة فانهما نكل عن اليمين لم يجعلها في يده لان صاحبه قد حلف ولم يجعلها في يد الذى حلف بنكول هذا الناكل أيضا لجواز أن تكون في يد ثالث وأنهما تواضعا للتلبيس على القاضى وذلك يمنع الناكل عن منازعة الآخر لان نكوله حجة عليه فان وجدها في يد آخر لم ينزعها من يده الذى انفذه بين هذين لان نكولهما ليس بحجة على غيرهما والقضاء بحسب الحجة .قال عبد في يدى رجلين ادعاه آخر وأقام البينة أنه كان في يده أمس لم يقبل ذلك منه لانهم شهدوا بعد عرف القاضي زوالها ولم يثبت سبب الزوال ومثل هذه الشهادة لا تكون مقبولة لان الشهادة علي ما كان في الزمان الماضي انما تقبل بطريق أن ما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه واستصحاب الحال انما يجوز بقاؤه والعمل به فيما لم يتيقن بزواله وروي أصحاب الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله أن الشهادة تقبل بناء علي أصله أنهم لو شهدوا أنه كان في ملكه أمس عنده تقبل ولكن هذا القياس غير صحيح فان الملك غير معاين ولا يتيقن القاضى بزوال ماشهدوا به في الحال فكان لاستصحاب الحال طريقان بخلاف اليد فانه معاين قد علم القاضى انفساخ يده باليد الظاهرة للغير فلا طريق لاستصحاب الحال فيه ولو أقر ذو اليد أنه كان في يد المدعى أمس أمر بالرد عليه لان الاقرار ملزم بنفسه قبل اتصال القضاء به فيظهر باقراره يد المدعى أمس فيؤمر بالرد عليه مالم يثبت حقا لنفسه فاما الشهادة لاتوجب الحق الا باتصال القضاء بها ويتعذر على القاضى القضاء بشئ يعلم والحال

خلافه وكذلك لو شهدوا على اقرار ذى اليد انه كان في يد المدعى أمس أمر بالرد عليه لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو أقام المدعى البينة أن هذا العبد أخذه منه هذا أو انتزعه منه أو غصبه منه أو غلبه عليه فأخذه منه أو أرسله في حاجته فاعترضه هذا فى الطريق أو أبق مني هذا فأخذه هذا الرجل فهذه الشهادة جائزة ويقضى بالعبد له لانهم أثبتوا سبب زوال يده فصار ذلك كالمعاين للقاضي وأثبتوا أن وصوله الي يد ذى اليد كان بأخذ المدعى عليه منه فعليه رده لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ماأخذت حتى ترد واحدة من غير حق ظاهر له فى المأخوذ عدوان والفعل الذى هو عدوان واجب الفسخ شرعا وذلك بالرد . قال ولو ادعى عينا فى يد رجل أنه له وقال الذي هو فى يديه أودعنيه فلان أو أعارنيه أو وكلني بحفظه لم يخرج من خصومة المدعى الا أن يقيم البينة على ماقال عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله يخرج من خصومته بمجرد قوله من غير بينة وقال ابن شبرمة لايخرج من خصومته وان أقام البينة على ماقال أما ابن أبي ليلى رحمه الله فان كلام ذى اليد اقرار منه بالملك للغائب والاقرار يوجب الحق بنفسه لقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة ولانه لا تهمة فيما يقر به على نفسه فيثبت ما أقر به بنفس الاقرار ويتبين ان يده يد حفظ لا يد خصومة والدليل على صحة هذه القاعدة ان من أقر بعين لغائب ثم أقر به لحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم اليه وكذلك لو أقر لغيره بشئ ثم مرض فصدقه المقر له كان اقراره اقرار صحة وأما ابن شبرمة رحمه الله فقال انه بهذه البينة يثبت الملك للغائب وهو ليس بخصم فى اثبات الملك لغيره لانه لا ولاية لاحد على غيره فى ادخال شئ فى ملكه بغير رضاه ثم خروجه عن الخصومة فى ضمن اثبات الملك لغيره فاذا لم يثبت ما هو الاصل لا يثبت ما في ضمنه كالوصية بالمحاباة اذا ثبت فى ضمن البيع فيبطلان البيع بطلت الوصية ولنا ان هذه البينة تثبت أمرين أحدهما الملك للغائب والحاضر ليس بخصم فيه والثاني دفع خصومة المدعى عنه وهو خصم فى ذلك فكانت مقبولة فيما وجدت فيكون خصما فيه كمن وكل وكيلا بنقل امرأته أو أمته وقامت البينة أن الزوج طلقها ثلاثا وان المولى أعتقها تقبل هذه البينة فى أقصر يد الوكيل عنها ولا تقبل فى وقوع الطلاق والعتاق ما لم يحضر الغائب وهذا لان مقصود ذى اليد ليس هو اثبات الملك للغائب انما مقصوده اثباته ان يده يد حفظ وليست بيد خصومة وفى هذا المدعى خصم له فيجعل اثباته عليه بالبينة بمنزلة اقرار خصمه به وهذا بخلاف ما اذا ادعى غصبا على ذى اليد

حيث لا تندفع الخصومة عنه بهذه البينة لان هناك انما صار خصما بدعوى الفعل عليه دون اليد فاما فى الملك المطلق انما صار خصما بيده (ألا ترى) أن دعوى الغصب مسموعة على غير ذى اليد ودعوى الملك غير مسموعة فاذا أثبت أن يده غيره التحق فى الحكم بما ليس فى يده فلهذا قلنا ان بمجرد قوله قبل اقامة البينة لا تندفع الخصومة عنه لان المدعى استحق عليه الجواب فصار هو خصما له بظهور الشئ فى يده فلا يملك اسقاطه بمجرد قوله وهو لا يثبت اقراره بالبينة كما زعم هو انما يثبت عليه اسقاط حق مستحق عليه عن نفسه وهو جواب الخصم وعن أبى يوسف رحمه الله ان كان ذو اليد رجلا معروفا بالحيل لم تندفع الخصومة عنه باقامة البينة وان كان صالحا تندفع الخصومة عنه رجع الى هذا حين ابتلى بالقضاء وعرف أحوال الناس فقال قد يحتال المحتال ويدفع ماله الى من يريد شراء ويأمر من يودعه علانية حتى اذا ادعاه انسان يقيم البينة على انه مودع ليدفع الخصومة عن نفسه ومقصوده من ذلك الاضرار بالمدعى ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة فلا تندفع الخصومة عنه اذا كان متهما بمثل هذه الحيلة فان شهد شهود ذى اليد أنه أودعه رجل لا يعرفه لم تندفع الخصومة عنه فلعل ذلك الرجل هو الذى حضر ينازعه وليس فى هذه الشهادة ما يوجب دفع الخصومة والثانى أن الخصومة انما تندفع عن ذى اليد اذا حوله الى غيره بالبينة والتحويل انما يتحقق اذا أحاله على رجل يمكنه اتباعه ليخاصمه فاذا أحاله الى مجهول ولا يمكنه اتباع المجهول كان ذلك باطلا لا يجوز وان قال الشهود أودعه رجل نعرفه بوجهه اذا رأيناه ولا نعرفه باسمه ونسبه فعلى قول محمد رحمه الله لا تندفع الخصومة عنه وعند أبى حنيفة رحمه الله تندفع الخصومة عنه ذكره فى الجامع وجه قول محمد رحمه الله انه أحاله على مجهول لا يمكنه اتباعه ليخاصمه فكان هذا بمنزلة قولهم أودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل أتعرف فلانا فقال نعم قال صلى الله عليه وسلم هل يعرف اسمه قال لا قال صلوات الله عليه اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه دون اسمه ونسبه لا يحنث وأبو حنيفة رحمه الله قال قد أثبت ببينته انه ليس بخصم للمدعى فانا نعلم ان مودعه ليس هو المدعى لان الشهود يعرفون المودع بوجهه ويعلمون أنه غير هذا المدعى ومقصود ذى اليد اثبات ان يده يد حفظ وانه ليس بخصم لهذا الحاضر وهذه البينة كافية فى هذا المقصود ثم ان تضرر المدعى بان لم يقدر على اتباع خصمه فذلك الضرر يلحقه من قبل انه جهل خصمه لا من جهة

ذي اليد ونحن نسلم ان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة تامة فان الغائب لا يمكن استحضاره به ولكن ليس على ذي اليد تعريف خصم المدعى له وانما عليه ان يثبت انه ليس بخصم له وهذا كله بناء على أصلنا ان القضاء على الغائب بالبينة لا يجوز فلا بد من خصم حاضر للمدعى ليقيم عليه البينة فاما عند الشافعي رحمه الله القضاء على الغائب بالبينة جائز ويستوى فى ذلك ان كان غائبا عن البلدة أو عن مجلس الحكم حاضرا في البلدة وهو الصحيح من قوله وانما يحضره القاضي لرجاء اقراره حتى يقصر به المسافة عليه ولا يحتاج المدعى الى تكلف البينة واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى فاشتراط حضور الخصم لاقامة البينة تكون زيادة ولما قالت هند لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال صلوات الله عليه وسلامه خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف من مال أبي سفيان فقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنفقة وهو غائب ولان هذه بينة عادلة مسموعة فيجب القضاء بها كما لو كان الخصم حاضرا وبيان الوصف ان عندكم تسمع هذه البينة للكتاب بها وتأثيره ان بغيبة الخصم ما فات الا انكاره وانكاره غير مؤثر فى ايصال المدعي الى حقه ولان الاصل هو الانكار فيجب التمسك به واذا ثبت انكاره بهذا الطريق قبلت البينة عليه ولو كان مقرا كان القضاء متوجها عليه لاجماعنا ان القضاء على الغائب بالاقرار جائز فعليه نقيس فعله انه احدى حجتى القضاء ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى فبين ان الجهالة تمنعه من القضاء وانها لا ترتفع الا بسماع كلامهما فاما قوله صلي الله عليه وسلم البينة على المدعي فدليلنا أن البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد فى حق المدعى لانه حاصل بقوله ولا فى حق القاضى لانه حاصل بقول المدعى اذا لم يكن له منازع انما الحاجة الى البيان فى حق الخصم الجاحد وذلك لايكون الا بحضوره (ألا ترى) أنه جعل البينة على المدعى فى حال لو ادعي عدمها استحلف الخصم فقال واليمين علي من أنكر وذلك لايكون الا بمحضر منه وهذا لان البينة اسم للحجة ولا تكون حجة عليه مالم يظهر عجزه عن الدفع والطعن والقرآن صار حجة على الناس حين ظهر عجزهم عن المعارضة وظهور عجزه لايكون الا بمحضر منه ولا حجة فى حديث هند لان رسول الله صلي الله عليه وسلم كان عالما بسبب استحقاق النفقة علي أبي سفيان وهو النكاح الظاهر (ألا تري) أنها لم تقم البينة والمعنى فيه أنه أحد المتداعين فيشترط

حضوره للقضاء بالبينة كالمدعى بل أولى فان المدعى ينتفع بالقضاء والمدعي عليه يتضرر به وتأثيره أن دعوى المدعى وان كان الخصم شرط للعمل بالبينة حتى لا يسمع البينة على المقر ولا يقضى بها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء بها وبغيبة المدعى يفوت أحد الشرطين وهو الدعوى وبغيبة المدعى عليه يفوت الشرط الآخر وهو الانكار وفوات شرط الشئ كفوات ركنه في امتناع العمل به وانكاره ان كان ثابتا بطريق الظاهر فالشرط بطريق الظاهر لا يثبت عندنا مالم يتيقن به ولهذا اذا قال لعبده ان لم أدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم فقال قد دخلت وقال العبد لم تدخل لم يعتق وان كان عدم الدخول ثابتا بطريق الظاهر وعلى هذا قال أبو يوسف رحمه الله لو حضر وأنكر فاقيم عليه البينة ثم غاب يقضى عليه لان انكاره سمع نصا وقال محمد رحمه الله لا يقضى عليه لان اصراره على الانكار الى وقت القضاء شرط وذلك ثابت بعد غيبته باستصحاب الحال لا بالنص وقوله أنها مسموعة عندنا غير مسموعة للقضاء حتى أن الخصم وان حضر لا يجوز القضاء بها انما هى مسموعة لنقلها الى قاضي تلك البلدة بالكتاب بمنزلة شهادة الاصول عند الفروع مسموعة لنقل شهادتهم لا للقضاء بها واعتبار البينة بالاقرار فاسد لان الاقرار موجب للحق بنفسه دون القضاء بخلاف البينة (ألا ترى) أن الاقرار للغائب صحيح بخلاف البينة وهذا لانه ليس للمقر حق الطعن فى اقرار نفسه فليس فى القضاء عليه مع غيبته بالاقرار تفويت حق الطعن عليه بخلاف البينة. قال دار فى يد رجل ادعاها رجل انها له آجرها من ذى اليد وادعى آخر انها له أودعها اياه وأقام البينة قضي بها بينهما نصفين لان كل واحد منهما أثبت ببينته أن وصولها الى يد ذى اليد من جهته فتتحقق المساواة بينهما فى سبب الاستحقاق وذلك يوجب المساواة فى الاستحقاق عندنا على مانبينه فى الباب الثانى ان شاء الله تعالى . قال واذا كان العبد فى يد رجل ادعى انه غصبه اياه وأقام البينة وادعى آخر أنه له وديعة في يد ذى اليد قضي به لصاحب الغصب لان بينته طاعنة فى البينة الاخرى فانه يثبت بها أن يد ذى اليد كانت غصبا من جهته وذلك ينفى كونه وديعة للآخر فلهذا رجحنا بينة الغصب وقضينا به له احبها والله أعلم

باب الدعوى فى الميراث

(قال رحمه الله عبد في يد رجل فاقام رجل البينة أن أباه مات وتركه ميراثا له لا يعلمون

له وارثا غيره وأقام آخر البينة أن أباه مات وتركه ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره فانه يقضى بالعبد بينهما نصفان) لان كل واحد من الوارثين خصم عن مورثه فكأن المورثين حيان وأقام البينة على ملك مطلق لهما في يد ثالث وفي هذا يقضى بالملك بينهما نصفان عندنا وعلى قول مالك رحمه الله يقضي بأعدل البينتين وعند الاوزاعى رحمه الله يقضي لا كثرهما عددا في الشهود وفى أحد قولى الشافعى رحمه الله تهاتر البينتان وفى القول الآخر يقرع بينهما ويقضى لمن خرجت قرعته فمالك يقول الشهادة انما تصير حجة بالعدالة فالاعدل في كونه حجة أقوى والضعيف لا يزاحم القوى والاوزاعي رحمه الله يقول طمأنينة القلب الى قول الجماعة أكثر منه الى قول المثنى فيترجح أكثرهما شهودا بزيادة طمأنينة القلب فى قولهم والشافعى على القول الذى يقول بالتهاتر يقول قد تيقن القاضي بكذب أحد الفريقين ولا يعرف الصادق من الكاذب فيمتنع العمل بهما كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن بالكذب أولى واستدل بمسألة النكاح فانه لو تنازع اثنان فى امرأة وأقام كل واحد منهما البينة أنها امرأته لم يقض القاضى بواحدة منهما وعلى القول الذى يقول بالقرعة استدل بحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن رجلين تنازعا فى أمة بين يدى رسول الله صلي الله عليه وسلم وأقام كل واحد منهما البينة أنها أمته فاقرع رسول الله صلي الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم أنت تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته وروي أن رجلين تنازعا في بغلة بين يدى على رضى الله عنه فاقام أحدهما شاهدين والآخر خمسة من الشهود فقال على رضى الله عنه لاصحابه ماذا ترون فقالوا يعطى لا كثرهما شهودا فقال فلعل الشاهدين خير من خمسة ثم قال فى هذا قضاء وصلح أما الصلح أن يجعل البغلة بينهما سهاما على عدد شهودهما وأما القضاء أن يحلف أحدهما ويأخذ البغلة فان تشاحا علي الحلف أقرعت بينهما وقضيت بها لمن خرجت قرعته ولان استعمال القرعة لتعيين المستحق أصل فى الشرع كما فى قسمة المال المشترك ولنا حديث تميم بن طرفة رضى الله عنه أن رجلين تنازعا فى عين بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقام البينة فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وعن أبى الدرداء رضى الله عنه أن رجلين اختصما فى شئ بين يديه وأقام البينة فقال ما أحوجكما الى سلسلة كسلسلة بنى اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل الخصومات نزلت سلسلة من السماء فاخذت بعنق الظالم ثم

تقضى بينهما نصفين وما روى من استعمال القرعةفقد كان فى وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك بحرمـة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتـداء فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشـترك فللقاضى هنا ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار وحديث على رضى الله عنـه يعارضه ماروى عن عمر وعلي رضى الله عنهما فى رجلين تنازعا فى ولد أنهما قضيا بانه ابنهما ولم يستعملا القرعة فيهوقد كان علي رضى عنه استعمل القرعة فى مثل هذه الحادثة واليمين فى عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم فدل أنه عرف انتساخ ذلك الحكم بحرمة القمار والمعنى فيه أنهما استويا فى سبب الاستحقاق والمدعى قابل الاشتراك فيسـتويان فى الاستحقاق كالغريمين فى التركة اذا كانت التركة بقدر حق أحدهما والموصى لهما كل واحـد منهما بالثلث يقتسمان الثلث بينهما نصفين وبيان الوصف أن المدعى يقبل الاشتراك وهو ملك العين بخلاف ملك النكاح فانه لا يحتمل الاشـتراك وهذا لان البينات حجج فيجب العمل بها بحسب الامكان وكيف يترك فى يد ذى اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاق الملك عليه وقوله القاضى تيقن بكذب أحـد الفريقين ضعيف فكل واحد منهما اعتمد سببا أطلق به أداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن شهد له وبه فارق مسئلة مكة والكوفة فقد علمنا هناك أن أحـدهما كاذب بيقين لان الشخص الواحـد فى يوم واحد لا يكون بمكة والكوفة وقد تتوالى يدان لشخصين على عين واحـدة فى وقتين فلهذا أوجبنا القضاء هنـا بحسب الامكان وكذلك لو وقت شهود أحـدهما سنة ولم يوقت شهود الآخر فقضى به بينهما نصفين لان تنصيص أحدهما على التوقيت لا يدل على سبق ملكه على الآخر فلعل ملك الآخر أسبق منه وان لم توقت شهوده وذكر المسئلة فى النوادر فى دعوى الملك من خارجين اذا وقت شهود أحدهما ولم يوقت شهود الآخر عند أبى حنيفة رحمه الله يقضى به بينهما نصفين وعنـد أبى يوسف رحمه الله يقضي به للذي وقت شهوده وعند محمد رحمه الله يقضى به للذى لم يوقت شهوده*وجه قول أبى حنيفة رحمه الله ما بينا أن التاريخ ليس بسبب للملك وتنصيص أحدهما عليه لا يبقى مساواة الآخر أوسبقه عليه فكان ذكره وجودا وعدما بمنزلة وأبو يوسف يقول قيام المنازعة بينهما في الملك للحال والذى وقت شهوده ثبت الملك له من حين أرخ شهوده ولا منازعة له فى ذلك الوقت فلا يستحق عليه

الملك بعد ذلك الا بسبب من جهته كما لو أقام البينة على النتاج ومحمد رحمه الله يقول البينة على الملك المطلق تثبت الاستحقاق من الاصل ولهذا تستحق به الزوائد ويرجع الباعة بعضهم على البعض بالثمن فكان التاريخ الذى لم يوقت شهوده أسبق من هذا الوجه ولكن يبطل هذا بفصلين أحدهما اذا أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على الملك المطلق فصاحب النتاج أولى فلو كانت البينة على الملك المطلق تثبت الاستحقاق من الاصل لاستويا والثانى اذا ادعى عبد على مولاه أنه مملوكه أعتقه وادعى رجل انه ملكه وأقام البينة فبينة العتق أولى ولو كان الاستحقاق يثبت لمدعى الملك المطلق من الاصل لصار هو أولى من مدعى العتق وان وقتت بينة أحدهما سنة وبينة الآخر سنتين قضى بالعبد لصاحب السنتين فى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله وفي قوله الاول العبد بينهما نصفان والوقت وغير الوقت في ذلك سواء هكذا ذكر فى نسخ أبى حفص رحمه الله وقال في نسخ أبى سليمان رحمه الله على وقت أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله يقضى به لصاحب السنتين وعلى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله يقضي به بينهما نصفين فاشتبه مذهب محمد رحمه الله لاختلاف النسخ وجه قول أبى يوسف الآخر أن صاحب التاريخ السابق أثبت الملك لنفسه فى وقت لا منازع له فيه فيثبت ملكه فى ذلك الوقت ثم لا يستحق عليه الملك الا لسبب من جهته والآخر لا يدعي الملك بسبب من جهته وهو نظير ما لو ادعا الملك بالشراء كل واحد منهما من رجل أو من واحد وأرخا وأحدهما أسبق تاريخا كان صاحب أسبق التاريخين أولى فهذا مثله *وجه قوله الاول أن التاريخ ليس بسبب للملك فوجود ذكره كعدمه ثم كل واحد منهما ينتصب خصما عن مورثه فى اثبات الملك له ولا تاريخ فى ملك المورثين فيقضى به بينهما نصفين حتى لو أرخا ملك المورثين وتاريخ أحدهما أسبق كان هو أولى هكذا ذكر هشام فى نوادره عن محمد رحمهما الله فاما مسئلة الشراء فقد ذكر فى الاملاء عن محمد رحمه الله أنهما اذا لم يؤرخوا ملك البائعين يقضى به بينهما نصفين فعلى هذه الرواية لا فرق بين الفصلين فاما على ظاهر الرواية الفرق بينهما أن ملك المشترى لا ينبنى على ملك البائع ولكن يحدث للمشتري ملك جديد بسبب جديد وهو الشراء فاسبقهما تاريخا أثبت ملكا متجددا لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره فكان هو أولى فاما ملك الوارثين ينبنى على ملك المورثين لان الوراثة خلافة ولا تاريخ فى ملك المورثين فاستويا لهذا .قال وان أقام رجل البينة ان أباه

مات وتركه ميراثا منذ سنة وأقام ذو اليد البينة ان أباه مات وتركه ميراثا له منذ سنة أو لم يوقتوا وقتا أو وقتوا أقل من سنة فانه يقضى به للخارج أما اذا وقت شهود ذي اليد أقل مما وقت شهود الخارج أو لم يوقتوا فلا شك فيه لان الخارج أثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه ذواليد وان وقت شهود ذى اليد مثل ما وقت شهود الخارج فقد استوت البينتان ومن أصلنا ان بينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد عند التساوى في دعوى الملك وذكر التاريخ لم يفد شيئا هنا فكأنهما لم يذكراه وان وقت شهود ذى اليد سنتين فهو لذى اليد فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهم الله وفى قوله الاول هو للمدعى وهذا الخلاف بناء على الفصل الاول وقد ذكرنا هنالك أن على قول أبي يوسف الاول لا غيره للتاريخ وكأنهما لم يذكراه فكذلك هنا لان غيره للتاريخ فيقضي به للخارج وفي قوله الآخر صاحب أسبق التاريخين أثبت الملك لنفسه فى وقت لا ينازعه فيه غيره فهو أولى خارجا كان أو صاحب يد وهذا لان يد ذى اليد تدل على الملك ولكن لا تدل على سبق التاريخ فوجب قبول بينته على التاريخ كما يجب قبول بينته على النتاج واذا وجب قبول بينته وتاريخه أسبق كان هو أولى وذكر ابن سماعة رحمه الله فى نوادره أن محمدا رحمه الله رجع عن هذا القول بعد انصرافه من الرقة قال لا أقبل من ذى اليد بينة على تاريخ ولا غيره الا النتاج وما فى معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج . قال ولو كانت أرض فى يد رجل أقام رجل البينة ان أباه مات وهى فى يديه لا يعلمون له وارثا غيره وأقام آخر البينة ان أباه مات وتركها ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره قضى بها بينهما نصفين لان شهادة شهود الاول انه مات وهى فى يديه مثل شهادتهم انه مات وتركها ميراثا له فانهم شهدوا بيد مجهولة له عند الموت والايدى المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ولهذا اذا مات المودع مجهولا للوديعة صار متملكا ضامنا والملك اذا ثبت له عند الموت ينتقل الى ورثته فكان هو وشهادتهم بانه تركها ميراثا له سواء . وكذلك ان أقام أحدهما البينة فان أباه مات وتركها ميراثا وأقام آخر البينة انها له قضي بها بينهما نصفين لان الوارث ينتصب خصما عن مورثه فكأن مورثه كان حيا مدعيا للملك والآخر خصما عن نفسه فى دعوى الملك فاستويا فكان المدعى بينهما نصفين فان أقام أحدهما البينة ان أباه مات وتركها ميراثا له وأقام آخر البينة انه اشتراها من أب المدعى بمائة درهم ونقده الثمن قضي بها للمشترى لان الوارث خصم عن مورثه فى

أثبات الشراء عليه وما يثبت شراؤه منه في حياته لا يصير ميراثا لوارثه بعد موته انما يخلفه الوارث في ملك قائم عند الموت فكان بينة مدعي الشراء طاعنة في بينة مدعي الميراث فجعل هو أولى فكذلك لو ادعى صدقة أوهبة مقبوضة من الميت في صحته فاقام البينة لما بينا انه أثبت خروجه عن ملك مورثه في حياته اليه وكذلك لو أقام البينة ان أب هذا تزوج أمة عليها وأن أمه ماتت وتركها ميراثا له لانه خصم عن أمه وقد أثبت سبب تملكها على أب آخر في حياته وهو النكاح فلا يتصور ان يكون ميراثا له عن أبيه وقد ثبت خروجه من ملك أبيه في حياته . قال وان ادعاها انها له فشهد شاهدان أنها لابيه ولم يشهدوا أنه مات وتركها ميراثا لم يقض له بها لان الدعوى خالفت الشهادة فانه ادعى الملك لنفسه والشهود شهدوا بالملك لابنه وهذا اللفظ يوجب ان الاب حي فالميت ليس باهل للملك ولا حق له في ملك الاب في حياته وان كان الاب ميتا فقد شهدوا بملك عرف القاضي زواله فلا تقبل شهادتهم لهذا وكذلك لو شهدوا انها كانت لابيه حين مات في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول رحمهم الله ثم رجع فقال شهادتهم مقبولة لانهم أثبتوا ملك الاب في الزمان الماضي وما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه الا أن يتبين سبب زواله ولم يتبين لزوال ملكه سببا سوى الموت وهو ناقل الى الوارث فكانت هذه الشهادة بالملك له من هذا الوجه فيجب قبولها كما لو صرحوا بهذا لان الثابت لمقتضى الكلام فيما يرجع الى تصحيح الكلام كالمصرح به * يوضحه أنه لو أقر ذو اليد انها كانت لابيه أو قامت البينة على اقراره بذلك أمر بالتسليم اليه فكذلك اذا ثبت بالبينة وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انهم شهدوا بملك عرف القاضي زواله ولم يبينوا سبب الزوال فلا تقبل شهادتهم كما لو ادعى ملكا بالشراء فشهدوا انها كانت لبائعه وهذا لان القاضي لا يتمكن في الحال من ان يقضي بالملك لابنه لعلمه بزوال ملكه فلا يمكنه ان يقضي بالملك للمدعي لان خلافته لابيه بطريق الميراث ابقاء له ما كان ثابتا لابيه لا أن يوجب اثبات الملك ابتداء ولان قيام ملك الاب وقت الموت شرط الانتقال الى الوارث وقد بينا ان الشرط لا يثبت بالظاهر بل بالنص فاذا نص الشهود على انتقاله بالميراث يثبت بالشرط وان لم ينصوا عليه لم يثبت ما هو الشرط والملك الذي كان له في حياته لا يكون دليل ملكه عند الموت نصا بخلاف الاقرار فانه يوجب الحق بنفسه وقد بينا هذا الفرق في اليد للمدعي أمس فكذلك هنا ثم على قول أبي يوسف الآخر رحمه الله مالم يقم المدعي البينة على عدد الورثة لم ينفذ القضاء لاحتمال أن

تكون الورثة عددا فلا يرث هو الكل ولو أقام البينة أن أباه مات وتركها ميراثا ولم يعرفوا
الورثة فان القاضي يقول قد ثبت بهذه البينة الملك لفلان وقت الموت وذلك يوجب الانتقال الى
ورثته ولكن لم يثبت عندى انكم ورثته فهاتوا بينة أنكم ولده وانه لا وارث للميت غيركم فاذا
أقاموا البينة على هذا قضى بها لهم ولو لم يقيموا البينة على أنهم لا يعلمون له وارثا غيرهم بتأنى
القاضى فى ذلك ثم يدفع اليهم لان وراثتهم قد ثبتت ووجود مزاحم لهم فى الميراث محتمل
فعلى القاضى أن يتأنى لكيلا يبتلى بالخطأ ولا يحتاج الى نقض قضائه ولم يتبين في الكتاب
مدة التأنى وذلك على حسب ما يراه القاضى لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الميت في الشهرة
والخمولة وباختلاف أحوال ورثته فى الغيبة والحضور وذكر الطحاوي أن التقدير لمدة التأنى
أن التقدير لمدة التأنى الحول فان المقصود ابلاء العذر فى حق وارث غائب عسي والحول مدة
تامة لابلاء العذر قال القائل * الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر *
وهو نظير أجل العنين ويأخذ منهم كفيلا بما دفع اليهم وهذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما
الله فاما عند أبى حنيفة رحمه الله لا يأخذ منهم كفيلا وقال فى الجامع الصغير هذا شئ احتاطته
القضاة وهو ظلم * وجه قولهما أن القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه ومن
الجائز أن للميت غريما أو وارثا غائبا فلو لم يأخذ من الحاضر كفيلا بما يدفع اليه يفوت حق
الغائب ففى أخذ الكفيل نظر للغائب ولا ضرر فيه للحاضر وهو نظير الآبق واللقطة اذا دفعها
القاضى الى رجل أثبت عنده أنه صاحبها أخذ منه كفيلا بها لهذا المعنى ولان عليه صيانة
قضاء نفسه وهذه الصيانة انما تتحقق بأخذ الكفيل حتى اذا حضر غريم أو وارث لا يتعذر
عليه ايصاله الى حقه وأبو حنيفة رحمه الله يقول حق الحاضر ثابت معلوم وحق الغائب
موهوم ولا يقابل الموهوم المعلوم فلا يؤخر القاضى تسليم حقه اليه الى اعطاء الكفيل
أرأيت لو لم يجد كفيلا أكان يمنعه حقه هذا ظلم منه وما ذكر فى الآبق واللقطة قولهما لا قول
أبي حنيفة رحمه الله ولانه لو أخذ الكفيل انما يأخذ المجهول والكفالة للمجهول لا تصح ولا
يقال يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا يقال يأخذه للميت لان حق الميت فى تسليم
ماله الى وارثه وقد أثبت الحاضر ورثته فلا معنى للاشتغال باخذ الكفيل ولو أقام البينة أنها
كانت لجده مات وتركها ميراثا له لم يقض له حتى يشهدوا أنه وارث جده لا يعلمون له
ارثا غيره ولو شهدوا ان الجد مات وتركها ميراثا لابنه لم يقض له حتى يشهدوا أنه وارث

وجده لا يعلمون له وارثا غيره أو شهدوا ان الجد مات وتركها ميراثا لابيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف أقضي بها للجد وأضعها على يدى عدل حتى يصححوا عدد ورثة الجد وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله وهذا نظير الفصل الاول أن عند أبي يوسف رحمه الله يجب القضاء بما لو قامت البينة عليه وعندهما لم يجزا الميراث اليه لا يظهر استحقاقه وكونه خصما في اثبات ملك الجد فلا يقضي القاضي بشيء الا ان يخبروا الميراث كما بينا. قال دار في يدى رجل أقام رجل البينة أن أباه مات وتركها ميراثا له ولاخيه فلان لا وارث له غيرهما وأخوه غائب قضي القاضي بحصته لانه أثبت استحقاقه بالحجة وهو خصم عن الميت في اثبات ملكه فاما نصيب الغائب يترك في يدى ذى اليد حتى يحضر في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو القياس في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان ذو اليد منكرا أخرج القاضي نصيب الغائب من يده ووضعه على يد عدل ولو كان مقرا ترك نصيب الغائب في يده وهذا استحسان * ووجهه ان القاضي مأمور بالنظر للغائب فاذا كان ذو اليد مقرا فالنظر في تركه في يده لظهور أمانته عنده واذا كان منكرا فليس من النظر تركه في يده لانه قد ظهرت خيانته مرة بالجحود فلا يأمن بان يجحده فيتعذر على الغائب اذا حضر استيفاء حقه منه لان الحجة لا توجد في كل وقت فكان النظر في اخراجه من يده ووضعه على يدى عدل ولان ذا اليد اذا كان منكرا لا يمتنع من التصرف فيه عدلا كان أو غير عدل فانه يزعم انه مالك والعدل لا يمتنع من التصرف فيما عنده أنه ملكه واذا كان مقرا يمتنع من التصرف فيه فيجوز تركه في يده وأبو حنيفة رحمه الله يقول الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء ملكه فيجعل في حق الغائب وجود حضوره كعدمه وقد عرفها القاضي في يد ذى اليد فلا يتعرض لها الا بخصم يحضر لانه لو أخرجها من يده احتاج الى وضعها في يد آخر مثل هذا أو دونه ولان هذا مختار الميت في حفظها والذى يضعه على يده ليس بمختار الميت ولا مختار وارثه فصار هذا نظير الاقرار والفرق الذى ذكره ساقط فانه بعد ماصار مسجلا مبينا في خريطة القاضي يؤمن جحود ذى اليد لعلمه أنه لا يلتفت الى ذلك ويؤمن بتصرفه فيه لعلمه أن القاضي لا يمكنه فيه بخلاف ما اذا كان في الابتداء ثم اذا تركها في يد ذى اليد والمدعى منقول بقي مضمونا عليه والعقار كذلك على قول من يرى الضمان فيها بالغصب ويضمن بالجحود عند الكل واذا وضعه على يد عدل كان العدل أمينا فيه والنظر في تركه في يد ذى اليد

للغائب أكثر فيترك في يده فاذا حضر الغائب قال بعض مشايخنا رحمهم الله يحتاج على قول أبي حنيفة رحمه الله الى اعادة البينة بالقياس على مسئلة القصاص والاصح أنه لايحتاج الى ذلك لان الحاضر أثبت الملك للميت فى الكل بما أقام من البينة فان أحد الورثة خصم عن الميت فيما يدعى له وعليه فلا يحتاج الثانى الى اقامة البينة بخلاف القصاص فانه يثبت للوارث بعد موت المورث فمن هذا الوجه كان الحق يثبت فيه للوارث ابتداء فلا بد للذي يحضر من اعادة البينة على حقه (ألا ترى) أن هناك لم يتمكن الحاضر من استيفاء نصيبه بما أقام من البينة وهنا قد تمكن من ذلك . قال دار فى يدى رجل وابن أخيه فادعى العم أن أباه مات وتركها ميراثا ولا وارث له غيره وادعي ابن الاخ أن أباه مات وتركها ميراثا له لاوارث له غيره وأقام البينة قضى بها بينهما نصفان لان كل واحد منهما خصم عن مورثه فكأنهما حيان أثبت كل واحد منهما الملك لنفسه والاب مع الابن في الخصومة فى الملك بمنزلة الاجنبيين فاذا تساويا فى سبب الاستحقاق وجب القضاء بينهما نصفان وان قال كانت الدار بين أخى وأبى نصفين وصدقه ابن الاخ بذلك ثم أقام البينة أن أخاه مات قبل ابنه وأقام ابن الاخ البينة أن جده مات قبل أبيه ثم مات أبوه فورثه فانه يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذى كان لابيه لان معنى هذه المنازعة أن العم يقول مات أخي أولا عن ابن وأب فللاب السدس من نصيبه والباقى للابن ثم مات أبي عن ابن وابن ابن فكان ماله لابنه فلي سبعة أسهم من اثني عشر سهما من سهم الدار وابن الاخ يقول مات الجد أولا عن ابنين فصار نصيبه بينهما نصفين ثم مات أبي عن ابن وأخ فصار نصيبه لي وذلك ثلاثة أرباع الدار فاذا ظهرت هذه المنازعة بينهما ووقع التعارض بين البينتين فى اثبات التاريخ لموت كل واحد منهما ولا ترجيح لاحدهما على الآخر يجعل كأنهما ماتا معا لتعذر اثبات والترتيب التاريخ من غير حجة ولو ماتا معا لم يرث واحد منهما من صاحبه لان بقاء الوارث حيا بعد موت المورث شرط لاثبات الخلافة فى ملكه فصار نصيب كل واحد منهما لوارثه الحى فلهذا قضي بالدار بينهما نصفين والله أعلم بالصواب

باب شهادة أهل الذمة فى الميراث

(قال رحمه الله رجل مات وله ابنان أحدهما مسلم والآخر كافر فزعم كل واحد منهما

أن الاب مات على دينه وأن ميراثه له فالقول قول المسلم)لانه يخبر بأمر ديني وهو وجوب الصلاة عليه ووجوب دفنه في مقابر المسلمين والدعاء له بالخير وخبر الواحد في أمور الدين حجة كما لو روي خبراً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا صلينا عليه فقد حكمنا باسلامه عند موته وذلك يمنع كون ميراثه للابن الكافر فلهذا قضينا بالميراث للابن المسلم ولما ترجح جانبه بهذا السبب كان بمنزلة ترجح جانبه بشهادة الظاهر له والقول قوله مع يمينه على ما ادعاه خصمه وأيهما أقام البينة على ما ادعاه وجب قبول بينته لانه نور دعواه بها والبينة العادلة لا تعارضها الدعوى ممن شهد له الظاهر أولا يشهد فان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة المسلم عندنا وقال الشافعي رحمه الله تبطل البينات للمنافات بينهما كما هو أصله لان كل واحد منهما يدعى خلافة الميت عن أمواله ملكا وفي دعوى الملك لا تترجح البينة بالدين كما لو ادعى كافر ومسلم ملكا في يد ثالث فأقام كل واحد منهما البينة لا يترجح المسلم ولنا أن احدى الحجتين توجب اسلام الميت عند موته والاخرى توجب كفره فيترجح الموت الموجب للاسلام كالمولود بين مسلم وكافر يجعل مسلما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلا عليه ولانه لابد من الصلاة لان هذا الحكم ثبت بخبر الواحد فكيف لا يثبت بالحجة وان وقع التعارض بين البينتين بقي خبر المدعي بالاسلام حجة في الصلاة عليه وذلك يوجب ترجيح بينة المسلم وانقطاع منازعة الكافر عن ميراثه فان (قيل) من أصلكم أن البينة تترجح بزيادة الاثبات وبالحاجة اليها وهذا في بينة الكافر لان المسلم متمسك بما هو الاصل وهو أن من كان في دار الاسلام فالظاهر أنه مسلم ولا حاجة به الى البينة لانا جعلنا القول قوله فينبغي ان تترجح بينة الآخر (قلنا) موضوع هذه المسئلة فيما اذا كان الاب في الاصل كافرا فان أحد وارثيه مقر على الكفر ولا يقر الولد الآخر على الكفر بخلاف ما اذا كان الاب في الاصل مسلما لانه حينئذ اذا يكون مرتدا واذا كان في الاصل كافرا فشهود الكافر يتمسكون بالاصل وشهود المسلم يثبتون اسلامه العارض فكان زيادة الاثبات من هذا الجانب وانما جعلنا القول قوله عند عدم البينة لا للتمسك بالاصل بل لاخباره بامر ديني ولو كان شهود الذمي مسلمين وشهود المسلم ذميين جعلتها للمسلم أيضا لان كل واحد منهما أقام من الحجة ما هو حجة على خصمه فكان هذا بمنزلة ما لو كان الفريقان مسلمين وهذه المسائل انما تنبني على قولنا ان شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة ولا تقبل على المسلمين اعتبارا بالولاية وعند ابن أبي ليلى رحمه الله كذلك اذا اتفقت مللهم وان

اختلفت لا تقبل شهادة بعضهم على بعض فانهم عنده أهل ملل مختلفة والولاية تنقطع بينهم باختلاف الملل وعند الشافعي رحمه الله لا شهادة لبعضهم على البعض لنقصان الكفر الذي هو اكثر تأثيرا من نقصان الرق والصغر وهي مسئلة الشهادات ولو قال أحد الابنين كنت مسلما وكان أبي مسلما وقال الآخر صدقت وقد كنت أيضا أسلمت في حياته وكذبه الآخر وقال أسلمت بعد موته فالميراث الذي اجتمعا على اسلامه في حياته لان الابن الآخر في حياته أقر بسبب حرمانه وهو كفره في حياة أبيه ثم ادعى ما يزيله وهو اسلامه قبل موت الاب فلا يصدق في ذلك الا بحجة وهذا لان اسلامه حادث والحوادث انما يحال بحدوثها على أقرب الاوقات فمن ادعى تاريخا سابقا فعليه اثباته بالحجة والاصل في جنس هذه المسائل أن سبب الاستحقاق متى ثبت بتصادقهما وادعى أحدهما ما يزيله وأنكر الآخر فالقول قول المنكر ومتى أقر بسبب الحرمان ثم ادعى زواله بسبب حادث لم يقبل قوله الا بحجة والقول قول خصمه ومن ادعى الاستحقاق وسبب الحرمان فيه قائم في الحال لا يثبت استحقاقه الا بحجة والقول قول خصمه كمن جاء وهو مرتد يطلب ميراث أبيه المسلم ويزعم أنه ارتد بعد موته لا يقبل قوله لان ما يحرمه الارث وهو الردة قائمة فيه في الحال فمتى وقع الاشتباه في الزمان الماضي يحكم الحال كالمستأجر مع صاحب الرحا اذا تنازعا في جريان الماء في المدة فان كان الماء للحال جاريا فالقول قول من يدعي أنه كان جاريا فيما مضى وان كان للحال منقطعا فالقول قول من يدعي أنه كان منقطعا فيما مضى فان (قيل) فاذا كان الابن مسلما في الحال ينبغي ان يجعل مسلما فيما مضى حتى يرث أباه المسلم (قلنا) هذا ظاهر يعارضه ظاهر آخر وهو أنه لما ثبت كفره فيما مضى فالظاهر بقاؤه حتى يظهر اسلامه ثم موافقته اياه في الدين عند الموت شرط للارث والشرط لا يثبت فالظاهر انما يثبت بالنص لان الاستحقاق يثبت عند وجوده والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا لاثباته (ألا ترى) ان ذا اليد يستحق الملك لما في يده بالظاهر ولا تثبت به الزوائد التي في يد غيره وكذلك لو كان الاختلاف في العتق والميراث الذي اجتمعا على عتقه في حياة الاب لان عتق الآخر بعد ثبوت رقه حادث على ما بينا . قال دار في يد ذمي أقام مسلم بينة من أهل الذمة أن أباه مات وتركها ميراثا له لا وارث له غيره وأقام ذمي بينة من أهل الذمة على مثل ذلك فانه يقضي بها للمسلم لان المسلم أقام ما هو حجة على ذي اليد وعلى خصمه الذمي وأقام الذمي ما هو حجة على ذي اليد وليس بحجة علي

خصمه المسلم فلا تتحقق المعارضة بين الحجتين فصار فى حق المسلم كأنه لا حجة للذمى فلهذا قضى للمسلم وان كانت بينة الذمى مسلمين فهو بينهما نصفين لان كل واحد منهما أقام ماهو حجة على ذي اليد وعلى خصمه فاستويا فيقضى بينهما نصفان فان (قيل) الاستحقاق بشهادة المسلمين ثبت للذمى فى الكل فلو بطل فى النصف انما يبطل بشهادة أهل الذمة والاستحقاق بشهادة المسلمين لايجوز ابطالها بشهادة أهل الذمة (قلنا) نحن لا نبطل شيئا من ذلك الاستحقاق فكل واحد منهما يستحق الكل كما شهد به شهوده ولكن القضاء نصفين لضيق المحل ثم هذا انما يستقيم أن لو كانت الشهود خصما فيها وليس كذلك فالخصم لا يكون شاهدا. قال دار فى يد مسلم فقال مات أبي وهو مسلم فتركها ميراثا لي وقال أخو الميت مات أخي وهو على دينى فالقول قول الابن والميراث له لانه لو كان مدعى الكفر ابنا آخر كان القول قول المسلم فكيف اذا كان أخاه ولو كان الاخ هو المسلم المدعى لاسلامه والابن كافر يدعى كفره فالقول قول الابن لان الاخ محجوب بالابن فهو كاجنبي آخر فان (قيل) أليس أنه يخبر بالصلاة عليه وهو دينى (قلنا) اخباره بهذا كاخبار أجنبي آخر حين لم يكن هو من ورثته ظاهرا فلا يكون من ضرورته استحقاقه للميراث وان أقاما البينة أخذت بينة الابن المسلم لان فيها اثبات اسلامه. وان أقام الاخ بينة من أهل الذمة على ما قال ولم يقم الابن بينة لم أجز شهادتهم على المسلم لان الاخ ببينته يبطل استحقاق المسلم لميراثه بعد أن ثبت استحقاقه بقوله وبينة أهل الذمة على الاستحقاق الثابت للمسلم لا تكون مقبولة. وان قالت امرأة الميت وهى مسلمة مات زوجى وهو مسلم وقال أولاده وهم كفار بل توفى أبونا وهو كافر وصدق أخو الميت المرأة وهو مسلم قضيت بالميراث للمرأة والاخ لان المرأة لا تحجب عن الميراث بأحد فهى وارثة على كل حال فكانت بمنزلة ابن وابنة تدعى اسلامه فالقول قوله واذا حكمنا باسلامه بقولها وجعلنا الميراث لها والاولاد كفار لا يرثون منه شيئا فلا يحجبون الاخ فكان الباقى للاخ وقد سعد بالمرأة فانها لولم تكن ما كان قول الاخ مقبولا وكذلك لو ترك ابنا وابنتا وأخا فقالت الابنة وهى مسلمة مات أبى مسلما وصدقها الاخ وهو مسلم وقال الابن وهو كافر مات أبى كافرا فالميراث للابنة والاخ لانها غير محجوبة بالابن فترجح قولها فى دعوى الاسلام سعد الاخ بها كما بينا فان كان له ابنة وأخ أحدهما مسلم والآخر كافر فالقول قول المسلم منهما أيهما كان لان كل واحد منهما وارث مع صاحبه بخلاف الابن والاخ فالاخ محجوب بالابن لا قول له وهذا كله اذا لم يقر

المسلم أن الاب كان كافرا فان أقر بذلك وادعى أنه أسلم قبل موته لم يصدق الا بحجة لان ماثبت من كفره يبقى الى أن يظهر مايزيله ولم يظهر ذلك بمجرد قوله لانه عارض يدعيه ولا ميراث له. ولو أقرت زوجة الرجل بعد موته أنه طلقها في الصحة واحدة وأقرت بانقضاء العدة وزعمت أنه راجعها وكذبتها الورثة فالقول قول الورثة لانها أقرت بسبب الحرمان وهو ارتفاع النكاح بانقضاء العدة ثم ادعت بعد ذلك سببا حادثا للاستحقاق فلا يظهر السبب بمجرد قولها بخلاف ماإذا ادعت الورثة أنه طلقها وانقضت عدتها وهى تنكر فالقول قولها لان سبب استحقاقها ثابت باتفاقهم فالورثة يدعون عليها سبب الحرمان حادثا وهى تنكر وهذا الفصل انما أورده ايضاحا لما سبق فيما اذا لم يقر الابن المسلم بكفر أبيه أو أقربه وادعى اسلامه بعد موته. قال زوجان ذميان مات ابن لهما عن ابن فقالا مات ابننا كافرا وقال الابن وهو مسلم مات أبى مسلما فالقول قوله الابن ولا ميراث للابوين لان الولد مع الابوين وارث غير محجوب فكان القول قوله فى اسلام الميت كما لو كانت المنازعة بين اثنين وقد قررناه فيما سبق. قال رجل مات وترك ميراثا فى يدى رجل فاقام ابنه البينة أنه ابنه ووارثه ولم تشهد شهوده أنه لا وارث له غيره وقال ذو اليد له ولد غير هذا أو قال لا أدرى أله ولد سوي هذا أم لا تلوم القاضى فى ذلك زمانا رجاء أن يحضر وارث آخر فاذا لم يحضر قضى بالميراث له لان سبب استحقاقه قد ثبت بالحجة وقد تيقنا بكونه وارثا خليفة للميت فى ملكه فيدفع ماله اليه ويستوثق منه بكفيل من أصحابنا رحمهم الله من قال أخذ الكفيل هنا قولهم جميعا بخلاف ماقال أبو حنيفة رحمه الله فيما سبق لان هنا الشهود لم يشهدوا بانتفاء ورث آخر فكان الموضع موضع الاحتياط لاخذ الكفيل والاصح أنه على الخلاف كما بينا وقد ذكرنا أيضا مدة التلوم وعن أبى يوسف رحمه الله أنه قدر ذلك بشهر لان ماوراء الشهر فى حكم الاجل فيتضرر به الوارث بتأخير حقه وفيما دون الشهر ليس له كثير ضرر. وكذلك لو كان الابن كافرا وقال مات أبى كافرا وكذلك هذا الجواب فى كل من لا يحجب عن الميراث بآخر اذا ثبتت قرابته يقضى له بالمال بعد التلوم اذا لم تشهد الشهود انه لا وارث له غيره حتى لو كانت أما أو بنتا يقضى لها بجميع ماله لانه لا عصبة للميت ظاهرا فكان جميع الميراث لها فرضا وردا فاما اذا كان من يثبت وراثته ممن يحجب بغيره كالجد والجدة والاخ والاخت فانه لا يعطى شيئا ما لم تقم البينة على عدد الورثة أو يشهدوا أنهم لا يعلمون له وارثا غير هذا لان استحقاق

الاخ للميراث يتعلق بشرط أن يكون الميت كلالة قال الله تعالى وان كان رجل يورث كلالة الآية وقال الله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة والكلالة من ليس له ولد ولا والد فما لم يثبت هذا الشرط بالنص من الشهود لا يكون هو وارثا وما لم يثبت وراثته لا يدفع المال اليه بخلاف ما سبق فانه وارث بنسبه غير محجوب باحد فان (قيل) كيف يثبت استحقاقه بقول الشهود لا وارث له غيره أو لا نعلم له وارثا غيره وهذه شهادة على النفى (قلنا) أما اذا قالوا لا وارث له غيره فعند ابن أبى ليلى رحمه الله هذا لا تقبل لتيقن القاضى أنهم جازفوا اذ لا طريق لهم الى معرفة نفى الوارث وعندنا تقبل بناء على العادة ان مراد الناس من هذا لا نعلم له وارثا غيره وهذه شهادة منهم على اثبات شرط الوراثة الا ان الشرط نفى والشرط يجوز اثباته بالبينة نفيا كان أو اثباتا كما لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فاقام العبد البينة أنه لم يدخلها فاما الزوج والزوجة اذا أثبت أحدهما سبب ارثه بالبينة ولم يثبت أنه لا وارث للميت غيره فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يقضى لهما باكثر النصيبين بعد البلوغ للزوج بالنصف وللمرأة بالربع وعند أبى يوسف رحمه الله يقضي لهما باقل النصيبين للزوج بالربع وللمرأة بالثمن قال لان استحقاق الزوج والزوجة لا كثر النصيبين يتعلق بشرط عدم الولد بالنص قال الله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد وقد بينا أن الشرط لا يثبت باعتبار الظاهر وانما يثبت بنص من الشهود فاذا لم يوجد لا يقضى لهما الا بالمتيقن ولان الزوجية فى استحقاق الميراث بها دون الاخوة فبالاخوة تستحق جميع المال ولا تستحق ذلك بالزوجية بحال ثم الاخ لا يستحق شيئا ما لم يقم البينة أنه لا وارث له غيره لانه لا تيقن باستحقاق شئ له فكذلك الزوج فيما لا يتيقن باستحقاقه بمنزلة الاخ فى الكل أو دونه وحجتهما فى ذلك انه أثبت سبب الوراثة من لا يحجب عن الميراث باحد فيستحق جميع ميراثه بعد التلوم كالاب والولد وهذا لان حرمانه عن أكثر الصيبين بولد يحجبه وهذا الحاجب غير ظاهر فيبقى مستحقا بما أثبت من السبب وصار الزوج فى استحقاق ما زاد على الربع كالابوين في استحقاق ما زاد على السدس وكل واحد منهما يتعلق بشرط عدم الولد قال الله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد الآية ثم هناك يقضى لهما بالجميع لان الولد الحاجب غير ظاهر هناك كذلك هنا وعن أبى يوسف رحمه الله يعطى للمرأة ربع الثمن لان أقل نصيبها هذا فلعل للمرء ثلاث نسوة سواها وهذا ليس

بقوى فالزوجية سبب تام لاستحقاق الثمن لها بيقين وانما يقسم الثمن بين الزوجات للمزاحمة ولا مزاحم لها هنا فكيف ينقص حقها من الثمن وعن الحسن بن زياد رحمه الله قال يقضى لها بربع التسع وللزوج بالخمس لان المتيقن هذا المقدار فمن الجائز ان الرجل مات عن أبوين وابنين وأربع نسوة وهى المتبرأة التي قال فيها علي رضى الله عنه فى البديهية حين سئل وهو على المنبر انقلب ثمنها تسعا فان أصل الفريضة من أربعة وعشرين للنسوة الثمن ثلاثة وللابوين الثلث لكل واحد سدس ثمانية وللابنتين الثلثان ستة عشر تعول بثلاثة فكانت من سبعة وعشرين فللنسوة ثلاثة وهى التسع حظ الواحدة الربع من ذلك فيقضى لها بهذا القدر واليقين فى جانب الزوج في الخمس لجوازان يكون تركة أبوين وابنتين وزوجا فللزوج الربع وللابوين السدسان وللابنتين الثلثان أصله من اثنى عشر وتعول بثلاثة فللزوج ثلاثة من خمسة عشر وذلك الخمس ولكن هذا ليس بقوى فان اعتبار العول لمعنى المزاحمة والضيق فى المحل فكيف يثبت ذلك عند عدم ظهور وارث آخر سوى الزوج أو الزوجة والمعلوم لا يقابل الموهوم فدل أن الصحيح ما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله والله أعلم

باب اختلاف الاوقات فى الدعوى وغير ذلك

(قال رحمه الله دار فى يدى رجل فادعى رجل أنها له منذ سنتين وأقام البينة وادعى ذو اليد انها في يده منذ سنتين وأقام البينة ولم يشهدوا أنها له قضيت بها للمدعى) لان شهود المدعى شهدوا له بالملك نصا وشهود ذى اليد انما شهدوا له باليد والايدى تنوعت الى يد أمانة ويد ضمان ويد ملك فلا تعارض بينته بينة الخارج ولان الثابت من يده بالبينة كالثابت بالمعاينة وذلك لا يمنع القضاء بالملك للمدعى اذا أثبتها بالبينة فى الحال فكذلك فى الوقت الذى أسند شهوده اليه. قال دابة فى يد رجل فأقام آخر البينة أنها له منذ عشر سنين فنظر القاضي في سنها فاذا هى أبنة ثلاث سنين يعرف ذلك فبينته باطلة لان القاضي تيقن بمجازفة الشهود فى شهادتهم فانهم شهدوا بالملك له فيها فى وقت يتيقن أنها لم تكن موجودة فيه والملك لا يسبق الوجود ولانه لا يمكنه القضاء بالملك فى الحال لانه خلاف الشهادة ولا فى الوقت المضاف اليه لانه محال . قال واذا كانت الدار فى يدى رجل أقام آخر البينة أنها له منذ سنة وأقام آخر البينة انها له اشتراها من آخر منذ سنتين وهو يملكها يومئذ فانى أقضى بها لصاحب الشراء لانه أسبق تاريخا وقد أثبت

الملك لنفسه في وقت لا ينازعه الآخر فيه وهو خصم عن بائعه في اثبات الملك له في الوقت الذى أرخ شهوده فكان هو أولى بها وكذلك لو شهدوا أنها له اشتراها من فلان منذ سنتين فشهادتهم بالملك للمشتري بمنزلة شهادتهم بالملك للبائع اذا شهدوا بالشراء. وكذلك لو لم يشهدوا بالملك للبائع ولا للمشتري ولكن شهدوا أن فلانا باعها منه وسلمها اليه من سنتين أو أنه اشتراها من فلان منذ سنتين وقبضها فهذا وشهادتهم بالملك له سواء لان البائع في الظاهر انما يتمكن من التسليم اذا كان مالكا للمبيع وكذلك المشترى انما يتمكن من القبض اذا اشتراها من المالك ولان سبب الملك يتأكد بالتسليم فشهادتهم على سبب ملك متأكد بمنزلة الشهادة على الملك ولو شهدوا أن فلانا باعها منه واستوفى الثمن أو أنه اشتراها ونقد البائع الثمن ولم يشهدوا بالقبض والتسليم لم يقض لمدعي الشراء بشيء لانهم شهدوا بمجرد العقد وذلك يتحقق من غير المالك موقوفا على اجازة المالك فلا يوجب الملك للمشترى قبل الاجازة فلم يكن في هذه الشهادة اثبات الملك للمشترى نصا ولا دلالة فلا يقضي بها له وفي كل موضع قضينا بالملك للمشترى اذا حضر البائع وأنكر أن يكون باعه لم يلتفت الى انكاره لان ذا اليد انتصب خصما عن البائع في انكاره للبائع البيع والمشترى لا يتوصل الى اثبات الملك لنفسه الا باثبات سببه وهو الشراء من الغائب ومتى كان حق الحاضر متصلا بحق الغائب انتصب الحاضر خصما عن الغائب فقد اتصل القضاء ببينة قامت على خصم فلا حاجة الى اعادتها بعد ذلك. قال دار في يدى رجل أقام رجل البينة أنها له ولم يوقت شهوده وأقام ذو اليد البينة أنها له منذ سنة فاني أقضي بها للمدعى لان تاريخ ذى اليد ليس بدليل سبق ملكه فلعل شهود المدعي لو أرخوا ذكروا تاريخا سابقا فلا يستحق ذو اليد الترجيح بما هو محتمل في نفسه والتحق بما لو لم يذكر الوقت فتترجح بينة المدعى. ولو أقام المدعى البينة أنها له منذ سنة أو سنتين شك الشهود في ذلك وأقام ذو اليد البينة أنها له منذ سنتين قضيت بها لذى اليد لان شهود الخارج شكوا فيما زاد على السنة ومع الشك لا يمكن اثبات التاريخ فانما يثبت من تاريخهم ما يتفقوا به وذلك سنة فصار تاريخ ذى اليد أسبق فتترجح بينته وقد بينا اختلاف الروايات فيه فيما سبق ولو وقت شهود المدعي سنة ووقت شهود ذو اليد سنة أو سنتين شكوا في ذلك فهو للمدعى لان ما شك فيه شهود ذى اليد لم يثبت وفيما تتفقوا فيه استوى تاريخ ذى اليد والخارج فتترجح بينة المدعى ولو شهد شهود المدعى انها كانت له عام أول وشهود ذى اليد انها له منذ العام قضيت بها للمدعي

لان تاريخ شهوده أسبق ولوشهد شهود المدعى انها له منذ العام وشهود ذى اليد انها له عام أول قضيت بهالذى اليد لان شهوده شهدوا بتاريخ أسبق من تاريخ المدعى فثبت ملكه في ذلك الوقت وبعد ثبوت ملكه لايستحقه الغير الا من جهته ، قال دار فى يد رجلين أقام أحدهما البينة أنها له منذ سنة وأقام الآخر البينة أنها له منذسنتين قضيت بهالصاحب السنتين لان فى يد كل واحد منهما نصف الدار ففى النصف الذى فى يد من أرخ شهوده سنة بينة الخارج قامت بتاريخ سابق فكان هو أولى وفي النصف الذى في يد من أرخ شهوده بسنتين بينة ذى اليد قامت على تاريخ سابق على بينة الخارج فيستحق الترجيح به أيضا ولو أقام أحدهما البينة أن له ثلثها منذ سنة وأقام الآخر البينة ان له ثلثها منذ سنين فانى أقضى بالثلثين لصاحب السنتين لان دعواه تنصرف الى ما فى يده أولا ثم فيما يفضل على ما في يده ينصرف دعواه الى ما في يد صاحبه لان يده يدا محقة تحسينا للظن بالمسلم وحملا لفعله على الصحة ولو صرفنا دعواه الى ما فى يد غيره لم تكن يده يدا محقة وفى يده نصف الدار فما زاد على النصف الى تمام الثلثين وهو السدس اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذى اليد وتاريخ الخارج أسبق فهو أولى ولان الآخر ليس يدعي الى الثلث ودعواه منصرفة الى ما فى يده فما زاد على الثلث هو لا ينازع الآخر فيه وقد أثبت الآخر استحقاقه بالبينة على ما فى يده فيقضى له به وترك الثلث فى يد صاحب الثلث فيكون ذلك له قضاء ترك لان بينته لم تقم على منازع له فيه يد ولا ملكا فهذا الطريق فيما اذا كان من أرخ سنة يدعي ثلثها والطريق الاول فيما اذا كان يدعى نصفها وقد اختلفت النسخ في وضع هذه المسئلة. قال أمة في يد رجل فاقام رجل البينة أنها أمته منذ ستة أشهر وأنه أعتقها البتة منذ شهر وأقام آخر البينة أنها أمته منذ سنة وأنه أعتقها عن دبر منه منذ سنة فانه يقضى بها مدبرة لمدعى التدبير لان تاريخ شهوده أسبق فانهم أثبتوا الملك والتدبير له منذ سنة والملك المتأكد بالتدبير لايحتمل النقض فشهود الآخر انما شهدوا بالعتق فيمن لا يملكها وذلك غير مفيد ذكره فى بعض النسخ وفي قول أبى يوسف رحمه الله الاول البينة بينة مدعى العتق وهى حرة البتة وهذا بناء على ماسبق أن الخارجين اذا أرخا الملك بتاريخين فى قوله الاول يقضي بها بينهما نصفان ولا يترجح أحدهما لسبق التاريخ وقد بينا هذا في باب دعوى الميراث فهنا لما استويا فى اثبات الملك على هذا القول بقى الترجيح بما أثبتوا من العتق والعتق والتدبير اذا اجتمعا يترجح العتق لاستحالة أن يوطأ بملك اليمين وقد قامت البينة على حريتها من جهة من

أثبت ملكه فيها بالحجة.قال دار في يد رجل ادعى رجل أنه اشتراها منه بمائة درهم ونقده
الثمن وادعى آخر أنه اشتراها منه بمائتي درهم ونقده الثمن ولم توقت واحدة من البينتين وقتا
فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصفه بنصف الثمن الذي بين شهوده وان شاء ترك
لانهما تصادقا على أن الملك في الاصل كان لذي اليد وادعى كل واحد منهما التملك عليه بسبب
الشراء وقد استويا في ذلك ولو استويا في اقامة البينة على الملك المطلق عليه قضي به بينهما
نصفان فكذلك هنا فان (قيل) قد تيقن القاضي بكذب أحد الفريقين لان التعين على دار
واحدة من رجلين من كل واحد منهما بكماله لايتصور في وقت واحد فينبغي أن تبطل البينتان
(قلنا) الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور بيعان في
وقتين من واحد لعين واحدة من كل واحد منهما وكل واحد منهما اعتمد سببا أطلق له
الشهادة فيجب العمل بها بحسب الامكان ولان البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من
وكيل المالك ويضاف عقد الوكيل الى الموكل مجازا فلعل الوكيلين باعا معا فيقضى لكل واحد
من المشتريين بنصفها ويخير كل واحد منهما لتفرق الصفقة عليه فانه أثبت عقده في الكل
فتبعض الملك حين لم يسلم له الا النصف خيرهما فان رضيا به فعلى كل واحد منهما من الثمن
بقدر مايسلم له من البيع وذلك النصف فان رضي به أحدهما وأبى الآخر فليس للذي رضي
به الا نصفه لان القاضي حين خيرهما فقد فسخ بيع كل واحد منهما في النصف حين قضى به
لصاحبه فلا يعود بيع أحدهما بترك صاحبه المزاحمة معه الا أن يكون ترك المزاحمة قبل أن
يقضي القاضي بشيء فحينئذ تكون الدار للآخر بجميع الثمن فانه أثبت شراءه في الكل ولم
يفسخ القاضي بيعه في شيء وانما كان القضاء له بالنصف لمزاحمة صاحبه معه فاذا زالت المزاحمة
قضى له بالكل كالشفيعين اذا أسلم أحدهما قبل قضاء القاضي لهما يقضى للآخر بجميع الدار
بخلاف مالو كان تسليمه بعد القضاء فانه لايكون للآخر الا نصف الدار ولو وقتت كل واحدة
من البينتين وقتا قضيت بها لصاحب الوقت الاول لانه أثبت شراءه في وقت لاينازعه الآخر
فيه فاستحقها من ذلك الوقت فيتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك فكان شراؤه باطلا
وان وقتت إحداهما ولم توقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان شراءهما حادث فانما
يحال بحدوثه على أقرب الاوقات مالم يثبت التاريخ فانما يثبت شراء الذي لم توقت شهوده
في الحال وقد أثبت الآخر شراءه سابقا فكان هو أولى وهذا بخلاف مااذا ادعى الشراء من

رجلين ووقته احدهما ولم يوقت الآخر يقضي بها بينهما نصفين لان كل واحد منهما هنالك خصم عن تابعه في اثبات الملك له وتوقيت أحدهما لا يدل على سبق ملك بائعه فلعل ملك البائع الآخر أسبق فلهذا قضينا به بينهما فاما هنا اتفقا على الملك لبائع واحد فانما حاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه لا الى اثبات الملك للبائع وسبب الملك في حق الذي وقت شهوده أسبق فكان هو بالدار أحق وان لم يوقت واحد منهما وكانت الدار في يد احدهما وقد قبضها قضيت بها لذي اليد لان قبضه صادر عن العقد الذي أثبته بالبينة حملا لفعله على الصحة فكان شراؤه متأكدا بالقبض فيترجح به لمعنيين أحدهما أنه قبضه اقترن بعقده الآخر وهو صادر عن عقده فلا بد من أن يكون عقده سابقا ولانه يحتاج الى اثبات الاستحقاق على البائع فقط وذلك في بينته فاما الخارج يحتاج الى اثبات الاستحقاق على ذي اليد كما يحتاج الى اثباته على البائع وليس في بينته ما يوجب الاستحقاق على ذي اليد لجواز أن يكون عقد ذي اليد سابقا وهذا بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واحدهما قابض فان الخارج أولى هنالك لان كل واحد منهما يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وبينة ذي اليد فكانت بينة الخارج أولى فاما هنا لا يحتاج الى اثبات الملك للبائع بل هو ثابت بتصادقهما عليه انما حاجتها الى اثبات سبب الاستحقاق وسبب القابض أقوى فكان هو أولى فان شهد شهود الخارج على وقت لم ينتفع به لان تمكن القابض من القبض دليل سبق عقده وهو دليل معاين والتاريخ في حق الخارج مخبر به وليس الخبر كالمعاينة ثم يد ذي اليد ثابتة بيقين فلا ينقض الا بيقين مثله وبذكر الوقت من شهود الخارج لا يزيل احتمال سبق عقد ذي اليد فلا ينقض قبضه الا أن يشهدوا أن بيع الخارج كان قبل بيع ذي اليد -فينئذ يكون بيع الخارج أولى لان تقدم العقد ثبت بنص من شهوده وتبين أن القابض اشترى من غير المالك وان كان المدعيان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من رجل آخر والدار في يد المدعى عليه قضى بها بينهما نصفين لان كل واحد منهما ثبت الملك لبائعه أولا وقد استوت البينتان في اثبات الملك للبائع فيقضى بها بينهما نصفين ويتخير كل واحد من المشتريين لما بينا واذا اختار الاخذ رجع كل واحد منهما على بائعه بنصف الثمن ان كان نقده اياه لانه لم يسلم له الا نصف المبيع ولو وقتا وقتين كان صاحب الوقت الاول أولى لاثباته الملك لبائعه في وقت لا ينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده. ولو أقام أحدهما

البينة أنه اشتراها من فلان بثمن مسمى وهو يملكها وأقام الآخر البينة أن فلانا آخر وهبها له وقبضها منه وهو يومئذ يملكها قضي بها بينهما نصفين لان كل واحد منهما ينتصب خصما عمن ملكه فى اثبات الملك له أولا ثم لنفسه فالحجتان في اثبات الملك لهما سواء فيقضى بها بينهما نصفين وكذلك لو أقام ثالث البينة على الصدقة من ثالث مع القبض وأقام رابع البينة على ارثه من أبيه قضى بينهم ارباعا لما بينا أن كل واحد منهما خصم عمن ملكه فان (قيل) انما وضع المسئلة في الدار فكيف يجوز القضاء بالهبة والصدقة فى جزء منهما مشاعا (قلنا) قيل موضوع هذه المسئلة في الدابة ولئن كان في الدار فكل واحد منهما اثبت استحقاقه فى الكل الا أنه لاجل المزاحمة يسلم له البعض وهذه المزاحمة بعد القبض فكان شيوعا طارئا وذلك لا يبطل الهبة والصدقة وهذا بخلاف ما اذا كانت الدار في يد رجل فاقام آخر البينة انه اشتراها من فلان بثمن مسمى وتقابضا وأقام آخر البينة أن فلانا ذلك وهبها منه وقبضها قضي بها لصاحب الشراء لانهما لا يحتاجان هنا الى اثبات الملك لمن ملكها فانه ثابت بتصادقهما وانما الحاجة الى اثبات سبب الملك عليه والشراء أقوى من الهبة لانه عقد ضمان يوجب الملك في العوضين والهبة تبرع لان الشراء يوجب الملك بنفسه والهبة لا توجب الملك الا بعد القبض فكان ملك مدعى الشراء سابقا فلهذا جعل أولى وكذلك لو ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة وادعى أحدهما الشراء والآخر الرهن فالشراء أولى لما بينا واذا ادعى رجل الشراء وادعت المرأة أن فلانا ذلك تزوجها عليها فعلى قول أبي يوسف رحمه الله يقضي لكل واحد منهما بالنصف ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج ويرجع المشترى بنصف الثمن ان كان نقده اياه وقال محمد رحمه الله يقضى بها لصاحب الشراء والمرأة على الزوج قيمة الدابة *وجه قول محمد رحمه الله أن تصحيح البينات والعمل بها واجب ما أمكن لانها حجج وهنا يمكن تصحيح البينتين بان يجعل الشراء سابقا فان تسمية ملك الغير صداقا تسمية صحيحة موجبة لقيمة المسمى عند تعذر تسليم عينه فلهذا جعلنا الشراء سابقا ولان الشراء مبادلة مال بمال موجب الضمان فى العوضين والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان فى المنكوحة فكان الشراء أقوى من هذا الوجه فجعل أولى وأبو يوسف رحمه الله يقول كل واحد من البينتين يثبت الملك لنفسهما فتتحقق المساواة بينهما في الاستحقاق كما فى دعوى الشرائين ومن وجه النكاح أقوى لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف

الملك في المشـتري ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشتري فان لم يترجح جانب النكاح بهذا فلا أقل من المساواة وفيما قال محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ بين العقدين يثبت من غير حجة فاذا قضينا به بينهما نصفين استحق على المرأة نصف الصـداق فيرجع بقيمة المستحق واستحق على المشتري نصف المبيع فيرجع بثمنه وان ادعى أحدهما الرهن والقبض والآخر الهبة والقبض فالرهن أولى وذكر في كتاب الشهادات أن الهبة أولى في القياس ووجهه أن الهبة تفيد ملك العين والرهن لا يوجب فكان السبب الموجب لملك العين أقوى وجه الاستحسان أن الرهن عقد ضمان والهبة عقد تبرع وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع ولانه يثبت بدلين المرهون والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكان الرهن أولى من الهبة وكذلك الرهن أولى من الصدقة والنكاح أولى من الهبة والصدقة لانه يوجب الملك بنفسه كالشراء فأما الهبة والصدقة سواء حتى لو ادعى أحدهما الهبة والآخر الصـدقة يستويان لان كل واحد منهما تبرع لا يتم الا بالقبض فان (قيل) الصدقة لا رجوع فيها بخلاف الهبة فكانت الصدقة أقوى (قلنا) امتناع الرجوع لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولو حصل المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لم يرجع فيها أيضا . قال دار في يد رجل فاقام آخر البينة أنه اشتراها من ذي اليد بالف درهم ونقده الثمن وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراها من المدعي ونقده الثمن فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تتهاتر البينتان جميعا سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا ويترك الدار في يد ذي اليد وعند محمد رحمه الله يقضي بالبينتين جميعا فان لم تشهد الشهود بالقبض يجعل شراء ذي اليد سالما فيأمن بتسليمه الي الخارج وان شهدوا بالقبض يجعل شراء الخارج سابقا فيسلم لذي اليد وجه قول محمد رحمه الله أن البينات حجج فمهما أمكن العـمل بالبينتين لا يجوز ابطال شيء منها كالحجج الشرعيـة وهنا العـمل بالبينتين ممكن أما اذا لم تشهد الشهود بالقبض فامكان العمل بها في جعل شراء ذي اليد سابقا لانا لو جعلنا شراء الخارج سـابقا لم يصح بيعه من بائعه قبل القبض ولان قبض ذي اليـد صادر عن عقده الذي أثبته بالبينة وذلك دليل سبق عقده فان شهد الشهود بالقبض يجعل عقد الخارج سابقا لان انقضاء قبضه دليل سبق عقده وقيام قبض الآخر دليل تأخر عقده ولانا لو جعلنا عقد ذي اليد سابقا كان قبضه غصبا حراما ولو جعلنا عقده متأخرا كان قبضه بحق فلهذا أثبتنا التاريخ بين العقدين بهذه الصفة وهذا عمل بالدليل وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله

قال كل واحد منهما بدعوى الشراء أثبت اقرار صاحبه بالملك له فكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري فكان هذا بمنزلة مالو أقام كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك له ولو كان كذلك تهاتر الاقرار لان الثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاين اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه معا بطل الاقراران جميعا فهذا مثله لمعنى أن شهود كل واحد منهما لم يشهدوا بالتاريخ فكل أمرين ظهرا ولا يعرف سبق أحدهما جعل كأنهما وقعا معا فلا يجوز اثبات التاريخ بينهما لانه قضاء بما لم تشهد به الشهود فاذا جعلنا كالواقع معا بطلا للمنافاة بينهما وانما يعتبر امكان العمل بالبينتين بما شهدوا به دون مالم يشهدوا به فان وقت الشهود وقتين فهذا على وجهين إما ان يكون وقت الخارج سابقا أو وقت ذي اليد وكل وجه على وجهين اما أن تشهد الشهود بالقبض أولم يشهدوا به فان كان وقت الخارج سابقا فان لم تشهد الشهود بالقبض قضى بها للذي اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان شراءه ثبت سابقا ثم اشتراه منه ذو اليد قبل التسليم وبيع العقار قبل القبض عندهما جائز وعند محمد رحمه الله يقضي بها للخارج لانه لايجوز بيع العقار قبل القبض وان شهد الشهود بالقبض يقضى بها لذي اليد عندهم جميعا لان الخارج باعها من بائعه بعد ماقبضها وذلك صحيح وان كان وقت ذي اليد سابقا يقضى بها للخارج سواء كان الشهود شهدوا بالقبض أولم يشهدوا أما اذا شهدوا بالقبض فلا اشكال وكذلك ان لم يشهدوا به لان ذا اليد قابض وقد ثبت شراؤه سابقا فيجعل قبضه صادرا لاعن عقده ثم الخارج انما اشتراها منه بعد قبضه فيؤمر بتسليمها اليه. قال أمة في يد رجل فأقام رجل البينة على الشراء منه وأقامت الامة البينة على العتق أو التدبير فان بينتها أولى لان كل واحد من البنتين موجب للحق بنفسه والعتق أقوى فانه لا يحتمل النقض بعد وقوعه وكذلك التدبير بخلاف الشراء ولان العبد بالعتق يصير قابضا لنفسه ولان العتق ينفرد به المعتق والشراء لايتم الا بالايجاب والقبول وكان العتق والتدبير سابقا من هذا الوجه ولو استويا لم يمكن القضاء بالشراء لاقران العتق به فان معتق البعض لا يحتمل البيع فلهذا جعلنا بينتها أولى وان وقتت البينتان فأولهما أولاهما ان كان العتق أولا فغير مشكل وان كان الشراء أولا فلان المشتري أثبت الملك لنفسه في وقت لاتنازعه الامة فيه ثم هي أثبتت العتق والتدبير من غير المالك وذلك لا يوجب لها حقا ولو وقتت بينة الشراء ولم توقت بينة العتق أو التدبير كان العتق والتدبير أولى لما بينا أن العتق والتدبير يقع مسلما بنفسه فوجد القبض

في أحد الجانبين والوقت في الجانب الآخر وكان القبض أولى فان كان المشتري قد قبضه فهو أولى لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده ولان قبضه معاين وقبض الآخر ثابت حكما فكان المعاين أولى وحمل فعل المسلم على الصحة والحل واجب ما أمكن الا أن تقوم البينه أن العتق أول أووقتوا وقتا يعرف أنه أول فحينئذ يكون العتق أولي لانعدام مزاحمة المشتري في ذلك الوقت وكذلك ان لم يوقت بينة الشراء الا أن المشتري قد قبضه فهو أولى لما بينا أن قبضه دليل تقدم عقده الا أن تقوم البينة أن العتق أول وكذلك الهبة والصدقة مع العتق في جميع ماذكرنا من التفريع لان الهبة والصدقة مع القبض موجبة للملك كالشراء. ولو كانت الدار أو الامة في يد رجل فأقام آخر البينة أن ذا اليد وهبها له وقبضها منه وأقام ذو اليد البينة على المدعي بمثل ذلك فانه يقضى بها لذى اليد أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لتهاتر البينتين كما بيناوعند محمد رحمه الله لان الشهود شهدوا بالقبض فانقضا وقبض الخارج دليل سبق عقده وقيام قبض ذي اليد دليل بآخر عقده. ولو ادعى رجل أنه اشترى الامة من ذي اليد بألف درهم وانه أعتقها وأقام البينة وأقام آخر البينة على الشراء منه أيضا فانه يقضى بها لصاحب العتق لان سببه يتأكد بالعتق حتى لا يحتمل النقض ولان العتق قبض منه فان المشترى اذا أعتق المبيع قبل القبض يصير قابضا وقد بينا أن أحد المشتريين اذا أثبت القبض كان هو أولى ولو ادعى رجل هبة مقبوضة وادعى الآخر صدقة مقبوضة وأقام البينة فان وقتت احدى البينتين ولم توقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان كل واحد منهما أثبت سبب ملك حادث فانما يحال بحدوثه على أقرب الاوقات وقد أثبت أحدهما تاريخا سابقا بالتوقيت فيقضى بها له وان كانت في يد من لم يوقت شهوده قضيت بها له لان قبضه دليل سبق عقده وهو دليل معاين والوقت في حق الآخر مخبر به وليس الخبر كالمعاينة الا أن يقيم الآخر البينة أنه أول فحينئذ يكون هو أولى لاثبات الملك في وقت لا ينازعه فيه صاحبه وان لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معاين لاحدهما ففيما لا يقسم يقضي بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوه تبطل البينتان جميعا اذا لم يكن فيها ما يرجح احداهما من قبض أو تاريخ لانا لو عملنا بها قضينا لكل واحد منهما بالنصف الآخر والهبة والصدقة في مشاع تحتمل القسمة لا تجوز قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله فأما على قول أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله ينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار من رجلين وقيل ينبغي على قولهم جميعا أن يقضي لكل واحد منهما بالنصف لان كل واحد منهما أثبت قبضه فى الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح أن المذكور في الكتاب قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف انما يقضى بالعقد الذى شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة من رجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضي ويمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها . واذا اختصم رجلان فى دابة أوعرض من العروض كائنا ما كان وهو قائم بعينه فان القاضى لايسمع من واحد منهما البينة والدعوى حتى يحضرا ذلك الذى اختصما فيه لان اعلام المدعى شرط لصحة الدعوى والشهادة وتمام الاعلام بالاشارة الى العين واحضار ماينقل يتيسر فيؤمر ذو اليد باحضاره ولا يقال كيف كلف احضاره ولم يثبت الاستحقاق عليه لان بالاجماع يكلف الحضور بنفسه وان لم يثبت عليه شئ بعد نظرا للمدعى ليتمكن من اثبات حقه فكذلك يكلف باحضار العين اذ ليس عليه فيه كثير ضرر الا أن يكون المدعى عقارا فحينئذ احضاره متعذر فيقام ذكر الحدود فى الدعوى والشهادة مقام الاشارة الى العين لانه هو المتيسر والواجب من التعريف في كل محل القدر المتيسر وهو نظير ذكر الاسم والنسب في حق الغائب والميت وان كان العين المدعى مستهلكا فحينئذ يتعذر احضاره فيقام ذكر الوصف والقيمة مقام الاشارة الى العين فى صحة الدعوى والشهادة ولان المدعى هنا فى الحقيقة دين في الذمة وهو القيمة فاعلامه بذكر صفته وقيمته والله أعلم

باب الدعوى فى النتاج

(قال رحمه الله دابة في يد رجل ادعاها آخر أنها دابته نتجها عنده وأقام البينة على ذلك وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك قضى بها للذى اليد استحسانا) وفى القياس يقضى بها للخارج وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله ووجهه أن مقصود كل واحد منهما اثبات الملك حتى لا يصير خصما الا بدعوى الملك لنفسه وفيما هو المقصود بينة ذى اليد لاتعارض بينة الخارج كما بينا في دعوى الملك المطلق ولا فرق بينهما فان اقامة البينة على الملك المطلق توجب الاستحقاق من الاصل كاقامة البينة على النتاج الا انا استحسنا للاثر وهو ما رواه أبو حنيفة رحمه الله عن

الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلا ادعى ناقة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل وأقام البينة انها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة انها دابته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذى هى فى يديه ولان يد ذى البينة لا تدل على أولوية الملك فهو يثبت ببينته ما ليس بثابت فوجب بظاهر يده فوجب قبول البينة ثم تترجح بيده بخلاف الملك المطلق فان هناك لا يثبت ببينته الا ماهو ثابت له بظاهر يده فوجب قبول بينته ومعنى هذا الكلام وهو أن حاجة ذى اليد الى دفع بينة الخارج وفى اقامته البينة على النتاج مايدفع بينة الخارج لان النتاج لايتكرر فاذا أثبت أنه نتجها اندفع استحقاق الخارج ضرورة فاما فى الملك المطلق فليس فى بينته ما يدفع بينة الخارج لان ملكه فى الحال لا يبقى ملكا كان للخارج فيه من قبل فلهذا عملنا بينة الخارج هناك وكان عيسى بن ابان رحمه الله يقول الطريق عندى فى النتاج تهاتر البينتين لتيقن القاضي بكذب احدهما اذ لا تصور لنتاج دابة من دابتين فانما يقضى بها لذى اليد فصار ترك لتهاتر البينتين وهذا ليس بصحيح فقد ذكر في الخارجين أقام كل واحد منهما البينة على النتاج انما يقضى بهابينهما نصفين ولو كان الطريق ما قال لكان يترك فى يد ذى اليد وكذلك لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما وسقطها فى يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيما يقضي بها وبالسقط لمن فى يده أصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك فى يد كل واحد منهما مافي يده ولا معنى لقوله بان القاضي تيقن بكذب أحد الفريقين لان الشهادة على النتاج ليس بمعاينة الانفصال فى الام بل بدونه الفصيل يتبع الناقة فكل واحد من الفريقين اعتمد سببا صحيحا لاداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين. وكذلك لو كانت الدعوى فى العبد والامة وأقام كل واحد منهما البينة على الولادة فى ملكه فهذا والنتاج فى الدابة سواء. وكذلك اذا أقام كل واحد منهما البينة انه ثوبه نسجه فان النسج فى الثوب يوجب أولوية الملك فيه وهو لا يتكرر كالنتاج فى الدابة الا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد مرة كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل ثانيا فحينئذ يقضى به للخارج والحاصل أن النتاج مخصوص من القياس بالسنة فلا يلحق به الا مافي معناه من كل وجه فاما ماليس فى معناه الا من بعض الوجوه لا يلحق به لانه لو ألحق به كان بطريق القياس ولا يقاس على المخصوص من القياس لان قياس الاصل يعارضه وكل قياس لا ينفك عما يعارضه فهو باطل اذا ثبت هذا

فنقول مالا يتكرر فهو فى معنى النتاج من كل وجه فيلتحق به ويكون اثبات الحكم فيه بدلالة النص وما يتكرر ليس في معنى النتاج من كل وجه فيعاد فيه الى أصل القياس . قال ولو ادعى الدابة خارجان أقام كل واحد منهما البينة أنها دابته نتجها عنده ويقضى بها بينهما نصفين لاستوائهما فى سبب الاستحقاق فان وقتت بينة احدهماولم توقت بينةالآخر وهى مشكلة السن قضى بها بينهما نصفين لان الذى لم يوقت أثبت ملكه فيها من حين وجدت والملك لا يسبق الوجود فلم يكن التوقيت مفيدا شيئا في حق من وقته اذا كانت مشكلة السن فكان ذكره كعدم ذكره فان كان السن على أحد الوقتين وقد وقتت بينة كل واحد منهما وقتا قضيت بهالمن وافق توقيته سن الدابة ولا عبرة بالاول والآخر لان علامة الصدق ظهرت فى شهادة من وافق سن الدابة توقيته وعلامة الكذب تظهر في شهادة الفريق الآخر فيقضى بالشهادة التى ظهرفيها علامة الصدق وان كانت على غير الوقتين أو كانت مشكلة قضيت بها بينهما نصفين من مشايخنا رحمهم الله من قال جمع فى السؤال بين الفصلين ثم أجاب عن أحدهماوهو ما اذا كانت مشكلة فأما اذا كان سنها على غير الوقتين يعلم ذلك ظهر بطلان البينتين على قياس ما تقدم اذا كان المدعى واحدا ووقت شهوده الملك منذ عشر سنين وهى بنت ثلاثين سنةأن بينته باطلة فكذلك هنا اذا كان سنها على غير الوقتين فقدعلم القاضى بمجازفة الفريقين وكذبهمافى الشهادة وقد فعل محمد رحمه الله مثل هذا فى الكتب جمع بين السؤالين ثم أجاب عن احدهما وترك الآخر فى النكاح والاجارات وغيرهما أو يكون معنى قوله أو كانت مشكله أو تأتى بمعنى الواو قال الله تعالى أو يزيدون معناه ويزيدون فهنا أيضامعناه اذا كان على غير الوقتين وكانت مشكله فحينئذ الجواب صحيح والاصح أن يقول جوابه صحيح للفصلين أما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك اذا كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهماوفى هذا الموضع فى اعتباره ابطال حقهمافيسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر الى مقصودهما وهى اثبات الملك فى الدابة وقد استويافى ذلك فوجب القضاء به بينهما نصفان لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وبقيت فى يد ذى اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقهما على ذى اليد فكيف يترك فى يده مع قيام حجة الاستحقاق عليه وان أقام ذواليد البينة على النسج والثياب والنتاج والملك له وأقام الخارج البينة على مثل ذلك قضيت بها لذى اليد على المدعى لان البينتين استويا فيترجح ذو اليد بحكم يده وان وقتت البينتان فى الدابة

وقتين فان كانت الدابة على وقت بينة المدعى قضيت بها له لان علامة الصدق ظهوت فى شهادة شهوده وعلامة الكذب ظهرت فى شهادة شهود ذى اليد وان كانت الدابة على وقت بينة ذى اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذى اليد إما لظهور علامة الصدق في شهوده أو لسقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة . قال واذا كان الثوب فى يد رجل فأقام خارج البينةأن ثوبه نسجه وأقام ذو اليد البينةعلى مثل ذلك فان كان يعلم أن مثل هذا لا ينسج الا مرة فهولذى اليد وان كان يعلم انه ينسج مرة بعد مرة فهو للخارج لان هذا ليس فى معنى النتاج وان كان مشكلا لا يستبين أنه ينسج مرة أو مرتين قضيت به للمدعى وهذا قول محمد رحمه الله وفى بعض نسخ الاصل .قال وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله ولا خلاف بينهم فى الحاصل وكان المعنى فيه أنه ليس فى معنى النتاج لان النتاج يعلم أنه لا يكون الا مرة فما يكون الا مشكلا لا يكون فى معنى ما هو معلوم حقيقة من كل وجه فيؤخذ فيه بأصل القياس ويقضى به للمدعى .وكذلك ان كانت المنازعة فى نصل سيف وأقام كل واحد منهما البينة أنه سيفه ضربه فانه يسأل أهل العلم بذلك من الصياقلة لان هذا مشكل على القاضى فيسأل عنه من له علم به لقوله تعالى فاسئلوا أهل الذكر أن كنتم لا تعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تنازعوا الامر أهله فان قالوا لا يضرب الا مرة يقضى به لذى اليد وان قالوا يضرب مثله مرتين أو أشكل عليهم فلم يعرفوا يقضى به للمدعي لان هذا ليس في معنى النتاج من كل وجه . قال ولو كانت الدعوى في غزل بين امرأتين يقضي به للذى هو فى يديها لان القطن لا يغزل الا مرة فكان هذا فى معنى النتاج وبهذه المسئله استدلوا على أن من غصب قطنا فغزله يملكه فان المذكور في كتاب الغصب اذا غزله ونسجه ولم يذكر هذا الفصل ولما جعله هنا فى معنى النتاج من كل وجه والنتاج سبب لاولية الملك فى الدابة عرفنا أن الغزل سبب لاولية الملك فى المغزول للذى غزله وفى الشعر اذا كان مما ينقض ويغزل يقضى به للمدعى وكذلك المرعزى لانه ليس فى معنى النتاج وكذلك فى الحلى يقضى به للمدعى لانه يصاغ مرتين فان أقاما البينة على خطة الدار قضيت بها للمدعى لان الخطة قد تكون غير مرة فانه عبارة عن قسمة الامام عند الفتح يخط لكل واحد من الغانمين خطا فى موضع معلوم يملكه ذلك بالقسمة فيكون خطه له وهذا وهذا قد يكون غير مرة بان يرتد أهلها وتصير محكومة بانها دار الشرك لوجود شرائطها ثم يظهر عليها المسلمون ثانية فيقسمها الامام بالخط لكل واحد

منهم كما بينا .قال وان كانت الدعوى فى صوف فاقام كل واحـد منهما البينة أن له جزة من غنمه فانه يقضي به لذى اليـد لان الجز لا يكون الامرة واحـدة وكذلك المرغزى والجز والشعر فكان هذا فى معنى النتاج فان (قيل) كيف يكون الجز فى معنى النتاج وهو ليس بسبب لاولية الملك فان الصوف وهو على ظهر الشاة كان ممـلوكا له فكان مالا ظاهرا قبـل الجز (قلنا) نعم ولـكن كان وصفا للشاة ولم يكن مالا مقصودا الا بعد الجز ولهذا لا يجوز بيعه قبل الجز وأن ماتنازعا فيه مال مقصود قال واذا كانت الارض والنخل فى يد رجل فأقام آخر البينة أنه نخله وأرضـه وانه غرس هـذا النخل فيها وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك يقضى بها للمدعى وكذلك الكروم والشجر لان أصل المنازعة في ملك الارض فان النخل بمنزلة البيع للارض حتى يدخل فى بيع الارض من غير ذكر وليس لواحد منهما فى الارض معنى النتاج ولان النخل يغرس غير مرة فقد يغرس الثالثة انسان ثم يقلعها غيره ويغرسها فـلم يكن فى معنى النتاج وان كانت الدعوي فى الحنطة وأقام كل واحد منهما البينة انها حنطة زرعها فى أرضه قضيت بها للمدعي لان الزرع قد يكون غير مرة فان الحنطة قد تزرع فى الارض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة ثم تزرع ثانية فلم يكن هذا فى معنى النتاج . وكذلك لو كانت أرض فيها زرع فأقام كـل واحد منهما البينة أن الارض والزرع له وانه زرعها يقضى بها للمدعى لان أصل المنازعة فى ملك الارض وليس لواحد منهما فيها معنى النتاج. وكذلك قطن أو كتان فى يد رجل أقام هو مع خارج كـل واحد منهما البينة أنه له زرعه في أرضه فانه يقضى به للمدعي لما بينا أن الزرع قد يكون غير مرة. وكذلك كـل مايزرع مما يكال أو يوزن قال وهذا لا يشبه الصوف والمرعزى لان الرجل قد يزرع فى أرضه غيره ويكون للزارع ولا يستحقه رب الارض بخروجه من أرضه وأما الصوف والمرعزى لا يكون الا لصاحب الغنم فمن ضرورة كون الشاة التى فى يد ذى اليـد مملوكة له أن يكون الذي جز منها مملوكا له وليس من ضرورة كون الزرع فى أرض هى ممـلوكة لذي اليد أن يكون الزرع مملوكا له ولان الجز فى معنى النتاج والزرع ليس فى معناه لاحتمال التـكرر فلهذا قضينا به للمدعى . قال ولو كان القطن شجرا ثابتا في أرض فى يد رجل فأقام آخر البينة أنها أرضه وانه زرع هـذا القطن فيها وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك يقضى بها للمدعى لان أصل المنازعة في الارض وليس لواحد منهما فيها معنى النتاج وكذلك لو كانت هذه المنازعة فى دار وأقام كل

واحد منهما البينة أنها داره بناها بماله يقضى بها للمدعى لان البناء يكون مرة بعد مرة ولم يكن فى معنى النتاج. قال ولو كانت أمة فى يد رجل ادعاها آخر أنها أمته وانها ولدت عنده فى ملكه من أمته في يديه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك يقضى بها لذى اليد لان الولادة في بنى آدم كالنتاج فى البهائم ولو كان المدعى أقام البينة على أمها التى عند المدعى عليه أنها أمته وانها ولدت هذه فى ملكه وأقام ذواليد البينة على مثل ذلك قضيت بها وبأمها للمدعى لان أصل الدعوى فى الام وليس لواحد منهما فيها معنى النتاج فوجب القضاء بها للمدعي ثم الولد يملك بملك الام وكان من ضرورة القضاء بالام للمدعى القضاء بالولد له وكذلك لو كانت الدعوى فى صوف فأقام المدعى البينة انه جزه من شاته هذه وهى فى ملكه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك من شاة أخرى فى يده قضيت بها لذى اليد ولو أقام المدعى البينة على الشاة انها فى يد المدعى عليه أنها شاته وانه جز هذا الصوف فى ملكه منها وأقام ذواليد البينة على مثل ذلك قضيت بها للمدعى لان الدعوى فى أصل الشاة فانما أثبت كل واحد منهما بالبينة الملك المطلق فيها فتترجح بينة المدعى ثم الصوف يملك بملك الاصل فان (قيل) قد يكون الصوف والولد لغير صاحب الاصل بأن يوصى بما فى بطن جاريته للانسان وبرقبتها لآخر أو يوصى بالشاة لانسان وبصوفها لآخر (قلنا) لا كذلك فالولد والصوف يملك بملك الاصل الا أن يملك غيره بسبب ينشئه مالك الاصل من وصية أو غيره. قال عبد فى يدى رجل فأقام آخر البينة أنه عبده ولد في ملكه من أمته هذه ومن عبده هذا وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فانه يقضي به للذى هو فى يديه لاثباته أولية الملك لنفسه فيه فيكون ابن عبده وأمته دون ابن عبد الآخر وأمته لان بينته لما ترجحت بالقضاء بالملك صارت البينة الاخرى مدفوعة لا يقضي بها بالنسب كما لا يقضى بها بالملك وان أقام الخارج البينة أنه عبده اشتراه من فلان وأنه ولد فى ملك بائعه وأقام ذو اليد البينة أنه عبده اشتراه من فلان آخر وأنه ولد فى ملكه قضى به لذي اليد لان كل واحد منهما خصم في اثبات نتاج بائعه كما هو خصم فى اثبات ملك بائعه ولو حضر البائعان وأقام البينة على النتاج كان ذو اليد أولى فهذا مثله وكذلك لو أقام الخارج البينة على نتاج بائعه وأقام ذو اليد البينة على النتاج فى ملكه فبينة ذى اليد أولى لما بينا وكذلك لو أقام البينة على وراثة أو وصية أو هبة مقبوضة من رجل وأنه ولد فى ملك ذلك الرجل لانه يتلقى الملك من جهة مورثه وموصيه فيكون خصما

عنه في اثبات نتاجه ولو كان عبد في يدي رجل فأقام آخر البينة انه عبده ولد في ملكه ولم يسموا أمه وأقام آخر البينة انه عبده ولد عنده من أمه هذه فانه يقضي للذي أمه في يديه لان البينات تترجح بزيادة الاثبات وفي بينة من عين أمه زيادة وهو اثبات نسبه من أمه فيترجح بذلك فان شهد الشهود لذي اليد أنه له ولد في ملكه من أمته هذه لامة أخرى قضي به لذي اليد لان بينة الخارج في الولادة لا تعارض بينة ذي اليد سواء حصل من واحدة أو من اثنتين فأما أمه فانه يقضي بها للذي العبد في يده الذي أقام البينة عليه لانه لا مزاحم له في الام بحجة يقيمها على اثبات الملك فيه فلهذا قضيت بها للذي العبد في يديه الذي أقام البينة قال وان كان عبد في يد رجل فاقام آخر البينة أنه عبده ولد في ملكه من أمته هذه ومن عبده هذا وأقام آخر البينة على مثل ذلك فانه يقضي بها بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة على الولادة في الملك ثم قال ويكون الابن من الامتين والعبدين جميعا فاما ثبوت نسبه من العبدين فهو على قول علمائنا وعلى قول الشافعي رحمه الله لا يثبت نسب الولد من رجلين بحال حرين كان أو عبدين ادعيا لقيطا أو ولد جارية بينهما ولكنه يرجع الى قول القائف فانهما قال القائف انه ابنه يثبت النسب منه وان كان موضعا لا يوجد القائف فيه يقرع بينهما ويقضي بالنسب لمن خرجت قرعته واحتج في المنع من ثبوت النسب من اثنين أن ثبوت نسب المولود من الوالد بكونه مخلوقا من مائه ونحن نتيقن أنه غير مخلوق من ماء رجلين لان كل واحد منهما أصل للولد كالام بمنزلة البيض للفرخ والحب للحنطة فكما لا يتصور فرخ واحد من سنبلة واحدة من حبتين فكذلك لا يتصور ولد واحد من مائين وهذا لان وصول المائين الى الرحم في وقت واحد لا يتصور واذا وصل أحد المائين في الرحم ينسد فم الرحم فلا يخلص اليه الماء الثاني فاذا تعذر القضاء بالنسب منهما جميعا يرجع الى قول القائف لحديث عائشة رضي الله عنها قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسارير وجهه تبرق من السرور وقال أما ترين ياعائشة أن مجزز المدلجي مر باسامة وزيد وهما نائمان تحت لحاف واحد قد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض فسرور رسول الله صلي الله عليه وسلم بقول القائف دليل على أن قوله حجة في النسب ولان القائف يعتبر الشبه وللشبه في الدعاوى عبرة كما تقم في متاع البيت اذا اختصم فيه الزوجان فما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة وكذلك اذا اختلف الآجر والمستأجر في ملك لوح موضوع في الدار فان كان تصاويره تشبه تصاوير

مافى السقف وموضعه ظاهر فالقول قول الآجر وان كان يخالف ذلك فالقول قول المستأجر وفي الموضع الذى لا يوجب القائف يسار الى الاقراع كما هو مذهبه فى جواز استعمال القرعة لتعيين المستحق عند الاقرار وقد استعمله على رضى الله عنه فى دعوى النسب حين كان باليمن * وحجتنا فى ابطال المصير الى قول القائف ان الله تعالى شرع حكم اللعان بين الزوجين عند نفى النسب ولم يأمر بالرجوع الى قول القائف فلو كان قوله حجة لامر بالمصير اليه عند الاشتباه ولان قول القائف رجم بالغيب ودعوى لما استأثر الله عز وجل بعلمه وهو مافى الارحام كما قال الله تعالى ويعلم مافى الارحام ولا برهان له على هذه الدعوى وعند انعدام البرهان كان فى قوله قذف المحصنات ونسبة الاولاد الى غير الآباء ومجرد الشبه غير معتبر فقد يشبه الولد أباه الادنى وقد يشبه الاب الاعلى الذى باعتباره يصير منسوبا الى الاجانب فى الحال واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أتاه رجل فقال أنا أسود شديد السواد وقد ولدت امرأتى ولد أبيض فليس منى فقال صلى الله عليه وسلم هل لك من ابل فقال نعم فقال صلى الله عليه وسلم مالونها قال حمر فقال صلى الله عليه وسلم هل فيها من أورق فقال نعم فقال صلى الله صلى الله عليه وسلم من ذاك فقال لعل عرق نزع أوفقال صلى الله عليه وسلم ولعل هذا عرقا نزع فبين النبي صلى الله عليه وسلم انه لاعبرة للشبه وفى متاع البيت عندنا الترجيح بالاستعمال لا بالشبه وفى اللوح الترجيح بالظاهر لا بالشبه (ألا ترى) أن اسكافا وعطارا لو تنازعا فى اداة الاساكفة لا يترجح الاسكاف بالشبه وثبوت نسب اسامة رضى الله عنه كان بالفراش لا بقول القائف الا أن المشركين كانوا يطعنون فى ذلك لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدون ان عند القافة علم بذلك وان بنى المدلج هم المختصون بعلم القيافة ومجز ريشهم فلما قال ماقال كان قوله رد الطعن المشركين فانما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لهذا لا لان قول القائف حجة فى النسب شرعا فاما الدليل على اثبات النسب منهما حديث عمر وعلى رضى الله عنهما حين قال فى هذه الحادثة ان لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو أبنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقى منهما والمعنى فيه انهما استويا في سبب الاستحقاق والمدعى قابل للاشتراك فيستويان فى الاستحقاق وبيان ذلك أن ثبوت النسب من الرجل باعتبار الفراش لا بحقيقة الخلاقه من مائه لان ذلك لاطريق الى معرفته ولا باعتبار الوطء لانه سر عن غير الواطئين فاقام الشرع الفراش مقامه تيسيرا فقال صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وكل واحد من البينتين

يعتمد على ما علم به من الفراش والحكم المطلوب من النسب الميراث والنفقة والحضانة والتربية وهو يحتمل الاشتراك فيقضي به بينهما وهو الجواب عن قوله انه لا يتصور خلاق الولد من الماثين فان السبب الظاهر متى أقيم مقام المعنى الخفى تيسيراً سقط اعتبار معنى الباطن مع ان ذلك يتصور بأن يطأها أحدهما فلا يخاص الماء الى أحدهما حتى يطأها الثانى فيخلص الماآن الى الرحم معا ويختلط الماآن فيتخاق منهما الولد بخلاف البيضتين والحبتين لانه لا تصور للاختلاط فيهما. قال وان كان المدعى للنسب أكثر من اثنين فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله يثبت منهم وان كثروا أخذا بالقياس كما قررنا وعند أبى يوسف رحمه الله لا يثبت فيما زاد على المثنى لان ثبوته من اثنين بحديث عمر وعلى رضى الله عنهما ففيما زاد على ذلك يوجد بأصل القياس الذى قرره الخصم لاستحالة اثبات نسب من عشرة أو أكثر ومحمد رحمه الله يقول يثبت من ثلاثة لانها أدنى الجمع ولا نهاية للزيادة على الثلاثة فالقول به يؤدى الى التفاحش فاعتبرت أدنى الجمع وقلت يثبت من ثلاثة ولا يثبت من أكثر من ذلك فأما فى الامتين يثبت النسب عند أبى حنيفة رحمه الله وكذلك من الحرتين اذا ادعتا لقيطا وأقامتا البينة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يثبت النسب من المرأتين بحال وحجتهما فى ذلك ان ثبوت النسب من المرأة بسبب انفصال الولد عنها ولهذا يثبت من الزانية وهذا سبب معاين يوقف عليه فيعتبر حقيقته ولا تصور لانفصال ولد واحد من المرأتين فيتيقن بكذب أحد الفريقين ولا يعرف الصادق من الكاذب فتبطل البينتان بخلاف الرجلين فسبب ثبوت النسب من الرجل الفراش على ما قررنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول نعم حقيقة هذا النسب من امرأتين محال ولكن المقصود من النسب حكمه لا عينه وهو الحضانة والتربية من جانب الام وهذا الحكم قابل للاشتراك فيقبل البينتان لاثبات الحكم ويكون ذكر السبب كناية عن الحكم مجازاً وهو نظير ماقاله أبو حنيفة رحمه الله فيمن قال لعبده وهو أكبر سنا منه هذا ابنى يعتق عليه وان كان صريح كلامه محالا ولكن يجعل كناية عن حكمه مجازاً وما قالا يبطل بدعوى النتاج فان ولادة شاة واحدة من شاتين حقيقة محال ومع ذلك اذا أثبت الخارجان ذلك بالبينة يقضى بالحكم المطلوب وهو الملك لانه قابل للاشتراك فهذا مثله . قال واذا كان قباء محشوا فى يد رجل فأقام رجل البينة أنه له قطعه وحشاه وخاطه فى ملكه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فانه يقضى به للمدعى لان الحشو والخياطة قد تكون

غير مرة فلم تكن في معنى النتاج وكذلك الجبة المحشوة والفرو وكل ما يقطع من الثياب والبسط والانماط والوسائد لان هذا مما يتكرر وكذلك الثوب المصبوغ بالعصفر أو الزعفران أو الورس اذا أقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة على ان له صبغه في ملكه لان الثوب يصبغ غير مرة وقد يصبغ على لون ثم يصبغ على لون آخر فلم يكن ذلك في معنى النتاج وكذلك أواني الصفر والحديد يقضى به للمدعي الا أن يعلم أنه لا يصبغ الا مرة فحينئذ يكون في معنى النتاج وكذلك الابواب والسرر والكراسي اذا أقام كل واحد منهما البينة انه نجره في ملكه فان كان ذلك لا يكون الا مرة واحدة يقضي به لذي اليد لانه يكون في معنى النتاج فان كان يكون غير مرة أو لا يعلم يقضي بها للمدعي لأنه ليس في معني النتاج وعلى هذا الخفاف والنعال والقلانس قال ولو كانت الدعوى في سمن أو زيت أودهن وأقام كل واحد منهما البينة انه له عصره وسلاه في ملكه فانه يقضى به لذي اليد لان هذا لا يكون الا مرة واحدة فهو في معنى النتاج وكذلك السويق والعصير والخل والجبن وأشباه ذلك وأما الشاة المسلوخة اذا أقام كل واحد منهما البينة انها شاته ضحى بها وسلخها فانه يقضى بها للمدعى لان الذبح والسلخ ليس بسبب للملك (ألا ترى) ان الغاصب لا يملك به فلم يكن هذا في معنى النتاج في اثبات أولية الملك به فلهذا قضينا به للمدعي. قال وان أقام خارجان البينة دعوى الدابة أحدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج فانه يقضى بها لصاحب النتاج لاثباته أولية الملك لنفسه فانها لا تملك الا من جهته والآخر لا يدعي تملكها من جهته وفي الكتاب قال عن شريح رحمه الله الناتج أحق من العارف يعني بالعارف الخارج الذي يدعي ملكا مطلقا ولو كانت الدعوى في لحم مشوي أو سمكة مشوية وأقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة أنه شواه في ملكه يقضى بها للمدعي لان الشي قد يكون غير مرة فان اللحم يشوى ثم يعاد ثانيا فلم يكن في معنى النتاج وكذلك المصحف اذا أقام كل واحد منهما البينة انه مصحفه كتبه في ملكه يقضى به للمدعى لان الكتابة ليست بسبب للملك ولكنه قد يتكرر يكتب ثم يمحى ثم يكتب فلهذا قضينا به للمدعى. قال ولو كانت الدعوى في أمة فأقام أحد الخارجين البينة أنها أمته ولدت في ملكه وأقام آخر البينة أنها أمته سرقت منه فانه يقضى بها لصاحب الولادة وكذلك لو شهد شهود السرقة أنها أمته أبقت منه أو غصبها اياه ذو اليد فهي لصاحب الولادة لان في بينته اثبات أولية الملك وليس في البينة الاخرى ذلك فكان استحقاقه سابقا وكذلك في

الدابة اذا شهد شهود أحدهما بالنتاج وشهود الآخر أنها دابته أجرها من ذى اليد أو أعارها أو رهنها اياه فهى لصاحب النتاج لان في شهادة شهوده دليل سبق ملكه. قال واذا كان الثوب في يد رجل فأقام آخر البينة انه نسجه ولم يشهدوا انه له لم يقض له به لانه لم يشهدوا له بالملك نصا فقد ينسج الانسان ثوب الغير باذنه ولا يملكه كالنساج ينسج ثياب الناس. وكذلك لو أقام البينة فى دابة انها انتجت عنده أوفى أمة انها ولدت عنده فليست هذه اللفظة شهادة بالملك للمدعى فلا يستحق به شيئا. وكذلك لو شهدوا انها ابنت أمته فليس فى هذا اللفظ شهادة بالملك له انما فيه شهادة بالنسب (ألا ترى) انه قد يشترى أمة ولها ابنت في يد غيره فهى ابنت أمته ولا تكون مملوكة له أو بشئ بعد الانفصال عنها فهى ابنت أمته ولا تكون مملوكة له. وكذلك لو شهدوا على ثوب انه غزل من قطن فلان ونسج لم يقض له به لان ملك القطن لا يكون سببا لملك الغزل والثوب وان الغاصب اذا غزل القطن ونسجه كان الثوب مملوكا له وان لم يكن مالكا للقطن والمغصوب منه كان مالكا للقطن ولا يملك الثوب به فليس في هذا اللفظ شهادة بالملك له نصا فان قال أنا أمرته أن يغزل وينسج قضى له بالثوب لان عمل الغير بأمره كعمله بنفسه والذى غزله ونسجه بانكاره الامر يدعى بملكه عليه فلا يصدق الا بحجة. ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع حصد من أرض فلان فأراد صاحب الارض أخذ الحنطة لم يكن له ذلك وفى رواية أبى حفص رحمه الله قال له أن يأخذ الحنطة لانهم أضافوا الارض اليه ملكا ويدا فما في أرضه من الزرع يكون في يده وهذا بمنزلة شهادتهم أنه أخذها من يده فيؤمر بالرد عليه وجه رواية أبى سليمان رحمه الله انهم ما شهدوا بالملك له فى الزرع انما أضافوا الارض اليه بالملكية وقد تكون الارض مملوكة له والزرع الذى فيها لغيره كمن غصب أرضا فزرعها وكذلك ماشهدوا باليد فى الزرع ولا فى الارض نصا فانه ليس من ضرورة كون الارض مملوكة له أن تكون فى يده فلهذا لا يستحق شيئا. وكذلك لو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع كان في أرضه أو أن هذا التمر من نخل كان في أرضه وان هذا الزبيب من كرم كان في أرضه لانهم ما أضافوا ما وقع فيه الدعوى اليه ملكا ولا يدا وقد يكون النخل والكرم في الارض لغير صاحب الارض ملكا ويدا ولو أقر بذلك الذى فى يديه أخذ به لاقراره بالاخذ من ملكه والاقرار بالاخذ من ملكه بمنزلة الاقرار بالاخذ من يده فيؤمر بالرد عليه وهذا لان الاقرار يوجب الملك بنفسه قبل أن يتصل به القضاء فنوع

احتماله فيه لا يمنعنا من العمل بظاهره فأما الشهادة لاتوجب الحق الا بقضاء القاضي وانما يقضى القاضى بالمشهود به فاذا لم يكن فى الشهادة تنصيص علي ملك أويد للمدعي فالمدعى لا يقضى به له *توضيح الفرق ان فى اقراره بيان انه كان فى يده فكأنه قال كان فى يد هذا أمس فيؤمر بالرد عليه وفى الشهادة كذلك ولكن لو شهدوا أنه كان فى يده أمس لا يستحق به شيئا .قال وان شهدوا ان هذا التمر أخذه هذا من نخل فلان قضى له به بمنزلة مالو شهدوا أنه أخذه من يد فلان لان المتصل بنخله من التمر يكون في يده .ولو شهدوا انه خرج من نخل فلان وهو يملكه أوأن هذا العبد ولدته أمة فلان وهو يملكها قضي له بجميع ذلك لانهم صرحوا بالولد من ملكه والمتولد من ملك الانسان يكون مملوكا له الى أن يتملكه الغير بسبب عارض من وصية أو غيرها فكان هذا وشهادتهم بالملك له فى المدعا سواء وكذلك لو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع هذا لانهم أضافوا اليه بالملكية وشهدوا أن هذه الحنطه جزء منه فان من للتبعيض فكان هذا تنصيصا على الشهادة بالملك له فى الحنطة وكذلك لو شهدوا أن هذا الزبيب من كرم هذا وهذا التمر من نخل هذا قضى له به لشهادتهم بالتولد من ملكه .ولو شهدوا أن فلانا غزل هذا الثوب من قطن فلان وهو يملك القطن ونسج الثوب فانى أقضى علي الذى غزل مثل ذلك القطن لما بينا ان ملك القطن ليس بسبب لملك الثوب ولكن من غزل قطن الغير ونسجه فالثوب له وهو ضامن لمثل ذلك القطن وان قال صاحب القطن أمرته بذلك أخذ الثوب لانهما اتفقا على أنه كان مالكا للقطن والذى غزل ونسج يدعى تملكه عليه بالضمان وهو منكر لذلك فكان القول قوله كما لو ادعى التملك عليه بالبيع فانكره .وكذلك لوشهدوا ان فلانا طحن هذا الدقيق من حنطة فلان وهو يملكها قضى عليه بحنطة مثلها وان قال رب الحنطة أنا أمرته أخذ الدقيق لما بينا .قال واذا كان الدجاج أو الشيء من الطيور في يد رجل فأقام رجل البينة انه له فرخ فى ملكه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك قضي به لذى اليد لان هذا فى معنى النتاج لا يتكرر ولو أقام المدعى البينة ان البيضة التى خرجت هذه الدجاجة منها كانت له لم يقض له بالدجاجة ولكن يقضي على صاحب الدجاجة ببيضة مثلها لصاحبها لان ملك البيضة ليس بسبب لملك الدجاجة فان من غصب بيضة وحضنها ذلك تحت دجاجة كان الفرخ للغاصب وعليه بيضة مثل المغصوبة وهذا لا يشبه الولادة والنتاج لان من غصب أمة أو دابة فولدت عنده لا يملك الولد بل هو لصاحب

الاصل وهذا لان البيضة بالحضانة تصير مستهلكة فيحال بحدوث الفرخ على عمل الحضانة بخلاف الدابة والأمة فانها لا تصير مستهلكة بالولادة فيكون مملوكا لصاحب الاصل لتولده من ملكه . قال ولو غصب دجاجة فباضت عنده فالبيضة لصاحبها لتولدها من ملكه فان باضت بيضتين فحضنت الدجاجة نفسها على أحدها فخرج منها فرخ وحضنها الغاصب على الاخرى فخرج منها فرخ فالفرخ الاول للمغصوب منه مع الدجاجة والفرخ الآخر للغاصب لان ما حصل بفعله يصير مملوكا له وما حصل بفعل الدجاجة نفسها لاصنع للغاصب فيه فلا علكه بل يكون لمالك الاصل كما قلنا فيمن غصب حنطة وزرعها كان الزرع له ولو هبت الريح بالحنطة فجعلتها مزروعة فى الارض كان الزرع لصاحب الحنطة لان بناء الحكم على فعل الريح غير ممكن فيجعل مملوكا لصاحب الاصل ولان ماحضنها الغاصب صار مستهلكا بفعله فيكون ضامنا لمثله ويصير مملوكا له بالضمان فانما يتولد الفرخ من ملكه فأما ماحضنت الدجاجة بنفسها لم تصر مضمونة على الغاصب فلايعلكها فبقى ذلك الفرخ لصاحب الاصل . قال ثوب مصبوغ بعصفر في يد رجل فشهد شاهدان أن هذا العصفر الذى فى هذا الثوب لفلان صبغ به هذا الثوب فلا يدرى من صبغه وجحد ذلك صاحب الثوب فادعى صاحب العصفر أن رب الثوب الذى فعل ذلك فانه لا يصدق عليه لانه يدعى ضمان قيمة العصفر دينا فى ذمته وهو منكر وليس فى شهادة شهوده ما يوجب ذلك فان ثوب الغير اذا هبت به الريح والقته فى صبغ انسان فانصبغ كان الصبغ لصاحبه فى الثوب الآخر وليس له أن يضمن صاحب الثوب شيئا ولكن يقوم الثوب أبيض ويقوم مصبوغا فان صاحب الثوب يضمن له مازاد العصفر فى ثوبه والا يبع الثوب فيصرف فيه صاحب الثوب بقيمة ثوبه أبيض وصاحب العصفر ما زاد العصفر في ثوبه لانهما شريكان فى الثوب المصبوغ أحدهما بالثوب والآخر بالعصفر ولكن الثوب أصل والعصفر فيه وصف فكان الخيار لصاحب الاصل دون صاحب الوصف . قال وان كانت الدعوى فى لبن فاقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة أنه له ضربه فى ملكه يقضي به للمدعى لان اللبن يضرب غيرمرة بان يضرب ثم يكسر ثم يضرب فلم يكن فى معنى النتاج فلهذا قضي به للمدعى. قال وان كانت الدعوى فى جبن فاقام الخارج وذواليد كل واحد منهما البينة أنه جبنه صنعه فى ملكه فهو للذى فى يديه لان الجبن لا يصنع الا مرة وهو سبب لاولية الملك بمنزلة النتاج فهذه المسئلة على خمسة أوجه أحدها ما بينا والثانى

اذا أقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذى صنع منه هذا الجبن ملكه فيقضى به للمدعى لان أصل المنازعة فى اللبن وبينة كل واحد منهما فيه قامت على الملك المطلق والثالث أن يقيم كل واحد منهما البينة ان حلب اللبن الذى صنع منه هذا الجبن من شاته في ملكه فيقضى لذى اليد لان الحلب فى اللبن لا يتكرر فكان فى معنى النتاج والرابع اذا أقام كل واحد منهما البينة أن الشاة التى حلب منها اللبن الذى صنع منه هذا الجبن ملكه فيقضى به للمدعى لان المنازعة فى ملك الشاة وبينة كل واحد منهما فيها قامت على المطلق والخامس أن يقيم كل واحد منهما أن الشاة التى حلب منها اللبن الذى صنع منه هذا الجبن شاته ولدت فى ملكه من شاته فالبينه بينة ذى اليد لان الحجتين قامتا على النتاج فى الشاة التى كانت المنازعة فيها . قال ولو كانت الدعوى فى آجر أو جص أو نورة وأقام كل واحد منهما البينة أنه له صنعه فى ملكه قضيت به لذى اليد وكان ينبغى أن يقضى بالآجر للخارج ويجعل هذا بمنزلة الشئ فى اللحم ولكنه قال طبخ الآجر لا يتكرر فانه بالطبخ الاول يحدث له اسم الآجر فان أعيد طبخه بعد ذلك لا يحدث به اسم آخر فعرفنا أنه مما لا يتكرر . وكذلك طبخ الجص والنورة فكان هذا فى معنى النتاج . قال فان كانت الدعوى فى جلد شاة وأقام كل واحد منهما البينة أنه جلده سلخه فى ملكه قضي به لذى اليد لان سلخ الجلد لا يتكرر فكان في معنى النتاج ولو لم يقم البينة على ذلك لهما ولكن المدعى أقام البينة أنه جلد شاته ولم يشهدوا له به لم يقض له بالملك . وكذلك لو شهدوا على صوف أنه صوف شاته أو على لحم أنه لحم شاته قال عيسى رحمه الله هذا غلط وأرى جواب محمد رحمه الله فى هذه الفصول لا يستمر على أصل واحد وقد قال قبل هذا اذا قالوا هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا الزبيب من كرمه أو هذا التمر من نخلة قضى له به وأى فرق بين تلك المسائل وبين هذه المسائل بل الجلد والصوف واللحم فى كونه مملوكا بملك الاصل أبلغ من ملك الزرع والتمر والزبيب بملك الاصل فان (قيل) ان هنا قد ينفصل ملك الصوف عن ملك الاصل بالوصية فكذلك فى تلك المسائل ولكن ما ذكره محمد رحمه الله صحيح لانهم ما جعلوا المدعا هنا في شهادتهم من ملكه انما نسبوه الى شاة ثم نسبوا اليه الشاة بالملكية فلم يكن شهادة بالملك فى المدعا نصا فأما هنالك شهدوا أن المدعاة من ملكه وذلك شهادة بالملك له فى المدعا نصا . قال ولو كانت شاة مسلوخة فى يد رجل وجلدها ورأسها وسقطها فى يد آخر فأقام ذو اليد فى الشاة البينة أن الشاة والجلد والرأس

والسقط له وأقام الذي في يديه السقط البينة على مثل ذلك فانه يقضى لكل واحد منهما بما في يدي صاحبه لان كل واحد منهما أثبت فيما في يد صاحبه ملكا مطلقا بالبينة وبينة الخارج في دعوى الملك المطلق تترجح ولو أقام كل واحد منهما البينة أن الشاة شاته نتجت عنده في ملكه فذبحها وسلخها وان له جلدها ورأسها وسقطها يقضي بالكل للذي الشاة في يده لانه أثبت بينته النتاج في الشاة فاستحق القضاء بأولية الملك له فيها وجلدها ورأسها وسقطها بينهما فلهذا قضينا بالملك لذي اليد. قال ولو كانت شاة في يدي رجل وشاة أخرى في يد آخر فأقام كل واحد منهما البينة على شاة صاحبه الذي في يديه انها شاته ولدت في ملكه من هذه الشاة القائمة في يده فانه يقضي لكل واحد منهما بشاة صاحبه التي في يديه وتأويل هذه المسئلة فيما اذا كان سن الشاتين مشكلا فاما اذا كان معلوما واحدهما تصلح أما للاخرى والاخرى لا تصلح أمالها وكانت علامة الصدق ظاهرة في شهود أحدهما وعلامة الكذب ظاهرة في شهادة شهود الآخر يقضي بها بما ظهر فيه علامة الصدق فاما عند الاشكال لا تظهر علامة الصدق ولا الكذب في شهادة أحدهما وكل واحد منهما فيما في يده أقام البينة على الملك المطلق وصاحبه أقام البينة على النتاج وبينة الخارج على النتاج أولى من بينة ذي اليد في الملك المطلق فلهذا قضينا لكل واحد منهما بما في يد صاحبه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يبطل البينتان جميعا لتيقننا بكذب احدهما فان كل واحد منهما لا يتصور أن تكون والدة لصاحبتها ومولودة منها ولو أقام البينة أن الشاة التي في يده شاته ولدت في ملكه وان شاة صاحبه ولدتها شاته هذه في ملكه وأقام الآخر البينة على مثل ذلك يقضى لكل واحد منهما بما في يديه لان كل واحد منهما فيما في يده أقام البينة على النتاج وبينة ذي اليد على النتاج مقدمة على بينة الخارج ولو أقام أحدهما البينة أن الشاة التي في يده شاته ولدت في ملكه وان شاة صاحبه له ولدتها شاته في ملكه وأقام الآخر البينة على مثل ذلك فهذا والاول سواء يقضى لكل واحد منهما بما في يده لاثباته النتاج فيها. قال ولو كانت شاتان في يد رجل أحدهما بيضاء والاخرى سوداء فادعاهما رجل وأقام البينة أنهما له وأن هذه البيضاء ولدت هذه السوداء في ملكه وأقام ذو اليد البينة أنهما له وان هذه السوداء ولدت هذه البيضاء في ملكه فانه يقضي لكل واحد منهما بالشاة التي ذكر شهوده أنها ولدت في ملكه لانه أثبت النتاج فيها بالبينة وصاحبه أثبت فيها ملكا مطلقا والبينة على النتاج أولى من البينة على الملك المطلق سواء كان من ذي اليد الخارج. قال

واذا كانت شاة في يد رجل فأقام رجل البينة انها شاته ولدت في ملكه فقضى القاضي له بها ثم جاء آخر وأقام البينة انها شاته ولدت في ملكه وقال ذو اليد للقاضي قد قضيت لي بالولادة بالبينة فان اكتفيت بذلك والا أعدتها فانه يأمره أن يعيد بينته لان القضاء بالبينة الاولى كان على خصمه خاصة فيجعل اقامتها في حق الثاني وجوداً وعدما بمنزلة لان المقضي به للملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق شخص آخر (ألا ترى) أن في الملك المطلق يصير ذو اليد مقضيا عليه دون غيره من الناس فان اعادة بينة قضي بها له تقديما لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعدها قضى بها للمدعى فان قضي بها للمدعى ثم أقام المقضي له الاول شهوده على الولادة فان القاضي يقبل بينته ويبطل قضاءه للآخر وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل بينته الا ان يدعى تلقي الملك من جهة المقضى له ووجه الاستحسان ان من يقيم البينة على النتاج يثبت أولية الملك لنفسه وان هذا المين حادث على ملكه فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره فلم يصر ذو اليد به مقضيا عليه وقد تبين باقامة البينة ان القاضي أخطأ في قضائه وان أولية الملك لذي اليد فلهذا انقضى قضاؤه بخلاف الملك المطلق فان (قيل) القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فعند ابن أبي ليلى رحمه الله بينة الخارج أولى فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد (قلنا) انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فتترجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عند قضائه فلم يكن قضاؤه على اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع من ذي اليد فاذا أقام حجة الدفع انتقض القضاء الاول وعلى هذا لو أقام الخارج البينة على الملك المطلق وقضى القاضي بها له ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له وينتقض القضاء الاول لما بينا. قال أمة في يد رجل أقام رجل البينة ان قاضي بلد كذا قضى له بها على هذا الرجل بشهادة شهود شهدوا عنده وأقام ذو اليد البينة أنها أمته ولدت في ملكه فهذه المسئلة على ثلاثة أوجه في وجه منها يقضى القاضي بها للمدعى بالاتفاق وهو اذا شهد شهود المدعي ان قاضي بلد كذا قضى له بها مطلقا ولم يزيدوا على هذا شيئا لانه من الجائز ان ذلك القاضي انما قضي له بها بشهادة شهود شهدوا عنده أنه اشتراها من ذي اليد أو وهبها له فلا تكون بينة ذي اليد على الولادة في ملكه مبطلا لذلك وكذلك القضاء بل يكون مقرراً له. وكذلك ان فسر شهود القضاء بهذا التفسير فهو آكد في

تنفيذ ذلك القضاء والوجهان الآخران أن يشهد شهود المدعى ان قاضى بلد كذا قضى له بها بشهادة شهود شهدوا عنده انها مملوكته أو بشهادة شهود شهدوا عنده أنها أمته ولدت فى ملكه فعلي قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله بينة المدعي أولى فى هذين الفصلين ولا ينقض القاضى الثانى قضاء الاول وعلى قول محمد رحمه الله بينة ذى اليد على الولادة في ملكه أولى فيقضي بها له*وجه قوله ان ذا اليد لو أقام هذه البينة عند القاضى الاول نقض الاول قضاءه وقضى بها لذى اليد فكذلك اذا أقامها عند الثانى لان ثبوت قضاء الاول عند الثانى بالبينة لا يكون أقوى من مباشرته القضاء بنفسه وهذا لان الشهود لما بينوا سبب العقار الى احتمال التملك علي اليد بسبب من جهته*وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ان قضاء القاضى الاول نفذ بيقين فليس للثانى أن يبطله مع الاحتمال كما فى الفصل الاول وبيان الاحتمال هنا اذا قالوا بشهادة شهود شهدوا عنده انها مملوكته فيحتمل أنها مملوكته اشتراها من ذى اليد ولكنهم تركوا هذه الزيادة للتلبس علي القاضى بأن قالوا بشهادة شهود شهدوا عنده انها ولدت فى ملكه فيحتمل أن ذو اليد كان أقام هذه البينة عند ذلك القاضي فتترجح شهادة بينة الخارج وقضي بها له وكان ذلك قضاء نافذا لا يجوز ابطاله بعد ذلك فلهذا لا ينقض الثانى قضاء الاول مع الاحتمال ومثل هذا الاحتمال لا يوجد اذا أقام ذو اليد بينة على الولادة عند القاضى الاول وكذلك لو تنازعا فيها خارجان أقام كل واحد منهما البينة انها أمته قضى له بها قاضى بلد كذا بشهادة شهود شهدوا عنده انها له علي هذا وأقام آخر البينة انها أمته ولدت في ملكه فعند محمد رحمه الله يقضى بها لصاحب الولادة وعندهما يقضى بها لصاحب القضاء لان مع الاحتمال لا يجوز نقض القضاء كما بينا. قال محمد رحمه الله عبد فى يد رجل فأقام آخر البينة أنه عبده ولد فى ملكه ووقتوا وقتا فكان العبد أكثر من ذلك أو أصغر معروف فشهادة الشهود باطلة ليتقن القاضى بمجازفتهم فيها وهذا يبين لك أن الصواب فى القضاء نصفان فى قوله فان كانت الدابة على غير الوقتين أو كانت مشكلة أنه في أحد الفصلين فاما اذا كانت علي غير الوقتين فالجواب ببطلان الشهادتين والله أعلم بالصواب

باب الشهادة فى الولادة والنسب

(قال رحمه الله عبد صغير في يد رجل يدعى أنه عبده فالقول قوله)لان من لا يعبر عن

نفسه بمنزلة المتاع وقول ذى اليد فيما في يده حجة للدفع فان ادعى آخر أنه ابنه فعليه البينة
لانه يدعى نسب ملك الغير فلا يقبل قوله الا بحجة فان أقام البينة أنه ابنه قضى انه ابن له
لاثباته دعواه بالحجة وجعل حرا لان فى الحكم بثبوت النسب حكما بانه مخلوق من مائه
وماء الحر جزء منه فيكون حراما لم يتصل برحم الامة وحين لم يسموا أمة فى الشهادة لم
يظهر اتصال مائه برحم الامة فبقى على الحرية فهذه موجبة البينة حرية الولد فلا يعارضها قول
ذى اليد في اثبات رقه. وكذلك لو كان الذى في يديه يدعى أنه ابنه فالمدعى الذي أقام البينة أولى
بالقضاء بالنسب له لان البينة لا يعارضها اليد ولا قول ذى اليد. وكذلك لو كان المدعى ذميا
أو عبدا يثبت النسب منه لاثباته دعواه بالحجة والعبد والذمى من أهل النسب كالحر المسلم فان
أقام ذو اليد البينة انه ابنه وأقام الخارج البينة أنه ابنه قضيت بنسبه لذى اليد لان هذا فى معنى
النتاج وقد بينا أن بينة ذى اليد هناك تترجح على بينة الخارج. وكذلك ان أقام كل واحد
منهما البينة أنه ابنه من امرأته هذه قضى بنسبه من ذى اليد ومن امرأته وان جحدت
هى ذلك لان السبب هو الفراش بينهما قائم والحكم متى ظهر عقيب سبب ظاهر يحال به على
ذلك السبب وذلك الفراش بينهما يثبت النسب منهما فن ضرورة ثبوته من أحدهما بذلك
السبب ثبوته من الآخر فلا ينتفى بجحودها وكذلك لو جحد الاب وادعت الام. قال ولو كان
الصبي فى يد عبد وامرأته الامة وأقاما البينة أنه ابنهما وأقام آخر من العرب أو من الموالى
أو من أهل الذمة أنه ابنه من امرأته هذه وهى مثله فانه يقضى بينة الخارجين لان فى بينتهما
زيادة اثبات الحرية للولد والبينات للاثبات فتترجح بزيادة الاثبات. قال ولو كان الصبى في يد
رجل فأقام رجل البينة أنه ابنه من امرأته هذه وهما حران وأقام ذو اليد البينة انه ابنه ولم ينسبوه
الي أمه فانه يقضي به للمدعى لزيادة الاثبات فى بينته وهو ثبوت النسب من أمه فصارت الزيادة
فى اثبات النسب كزيادة اثبات الحرية وكذلك ان كانت الام هى المدعية فان ثبوت النسب
بالفراش بينهما فيكون احدهما خصما عن الآخر في لا أثبات ولو أقام الخارج البينة انه ابنه
وشهد شهود ذى على اقراره أنه ابنه قضى به للمدعى لان ثبوت اقرار ذى اليد بالبينة لا
يكون أقوى من سماع القاضى اقراره وذلك يندفع ببينة الخارج ثم أعاد مسئلة الرجلين والمرأتين
وقد بيناه (فرع) عليه مالم وقت كل واحد منهما وقتا قال ينظر الى سن الصبي فان كان مشكلا
فهو ومالم يوقتا سواء يقضى به لهما وان كان مشكلا فى احدهما وهو أكبر سنا من الآخر أو أصغر

معروف قضيت به للمشكل لان علامـة الـكذب ظهرت في شهادة الآخرين ولم تظهر فى شهادة هؤلاء لكونه محتملا للوقت الذىوقتوه قال ولو كان الصبي فى يد رجـل فاقامت امرأة شاهدين انه ابنها قضيت بالنسب منها لاثباتها الدعوى بالحجة وان كان ذو اليد يدعيه لم يقض له به لان مجرد الدعوى لا يعارض البينة فان (قيـل) لامنافاة بين ثبوته منه ومنها (قلنا) نعم ولكن لا يمكن اثبات النسب منهما الا بالقضاء بالفراش بينهما ومجرد قوله ليس بحجة عليها في اثبات الفراش فى النكاح بينهما ولولم تقم المرأة الا امرأة واحدة شهدت انها ولدت فان كان ذو اليد يدعى انه ابنه أو عبده لم يقض للمرأة بشي لان الاستحقاق الثابت باليد لا يبطل بشهادة المرأة الواحدة فانها ليست بحجة فى ابطال حق ثابت للغير وان كان الذى فى يديه لا يدعيه فانى أقضى به للمرأة بشهادة امرأة واحدة وهذا استحسان وفى القياس لا يقضى لان اليد فى اللقيط مستحق لذى اليد حتى لو أراد غيره ان ينزعه من يده لم يملك فلا يبطل ذلك بشهادة امرأة واحدة وفى الاستحسان تمحض هذا منفعة للولد في اثبات نسبه وحريته وليس فيـه ابطال حق لذى اليد لانه لا يدعى فى الولد شيئا انما يده فيه مصيانة عن ضياعه فلهذا أثبتنا النسب منها بشهادة القابلة ٠قال عبد فى يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ولد فى ملكه وانه أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه عبده ولد فى ملكه فانى أقضى به للذى أعتقه لان فى هذه البينة زيادة الحرية فلو رجحنا بينة ذى اليد جعلناه مملوكا له وكيف يجعل مملوكا وقد قامت البينة على الحرية ولو كان المدعى دبره أو كاتبه لم يستحق بهـذا شيأ أما فى الكتابة لا اشكال لانه عقد محتمل للفسخ كالبيع والاجارة فكأنه أقام البينـة علي تصرفه فيـه ببيع أو اجارة فلا يترجح به وأما فى التدبير فقد أعاد المسئلة فى آخر الكتاب وجعله كالعتق ففيه روايتان *وجه تلك الرواية أن بالتدبير يثبت له حق عتق لا يحتمل الفسخ فكان معتبرا بحقيقة العتق لانه يثبت الولاء على العبد ببينته في الموضعين جميعا واذا كان الولاء هو المقصود والملك يبع فتترجح بينة الخارج لهذا وجه هذه الرواية أن التدبير لا يخرجـه من أن يكون مملوكا كالكتابة فكان الملك هو المقصود بالاثبات لكونه قائما فتترجح بينة ذى اليد لاثبات الولادة فى ملكه بخلاف العتق فان الملك لا يبقى بعد العتق فيكون المقصود هنالك اثبات الولاء ولو أقام الخارج البينة انه ابنه ولد فى ملكه وأقام ذو اليد البينة انه عبده ولد فى ملكه قضى به للمدعي لان فى بينته اثبات الحرية فان المولود من أمته فى ملكه حر الاصـل واذا كان يترجح عنده اثبات حرية العتق

فعند اثبات حرية الاصل أولى . قال صبي في يد امرأة فاقامت شاهدة أنه ابنها وأقامت التى هو فى يديها شهادة انه ابنها قضيت به للذى هو فى يديها لان الحجتين استويا في دعوى النسب فيترجح جانب ذى اليد وكذلك لو شهد لكل واحدة منهما رجلان وللتى هو فى يديها امرأة قضيت به للمدعية لان شهادة المرأة الواحدة لا تقابل شهادة رجلين لان شهادة رجلين حجة تامة على الاطلاق وشهادة المرأة حجة ضرورية . قال ولو كان الصبي في يد رجل وامرأة يدعيان انه ابنهما فشهدت لهما امرأة واحدة وأقام رجل آخر شاهدين انه ابنه من امرأته هذه قضيت به للمدعى لان شهادة المرأة الواحدة لا تقابل شهادة رجلين لان شهادة رجلين حجة تامة على الاطلاق و شهادة المرأة حجة ضرورية . قال ولو كان الصبي فى يد رجل وامرأتان تدعيان انه ابنهما فشهدت لهما امرأة واحدة وأقام رجل آخر شاهدين انه ابنه من امرأته هذه قضيت به للمدعى لان شهادة المرأة الواحدة لا تعارض شهادة رجلين فسقط اعتباره وبقى اليد فى أحد الجانبين والبينة فى الجانب الآخر واليد لا تعارض البينة . قال ولو كان صبي فى يد ذمى فشهد له ذميان أنه ابنه وأقام مسلم شاهدين مسلمين انه ابنه قضيت به للمسلم لان بينة المسلم حجة على خصمه الذمى وبينة الذمى ليست بحجة على خصمه المسلم . وكذلك لو كان شهود المسلم من أهل الذمة فان كان شهود الذمى من المسلمين وشهود المسلم من أهل الذمة أو من أهل الاسلام قضيت به لذى اليد لان بينة كل واحد منهما حجة على خصمه فلما استويا ترجح ذو اليد بهذه البينة لان هذا في معنى النتاج لا يتكرر وان كان الصبى فى يد ثالث مسلم أو ذمى قضيت به للمسلم لان فى بينته اثبات الزيادة وهو اسلام الولد ولان أحد البينتين يوجب كفره والاخرى توجب اسلامه فيترجح الموجب للاسلام علي الموجب للكفر . قال ولو كان الصبي فى يد رجل وامرأته فقال الرجل هو ابنى من فلانة لامرأة غيرها وقالت المرأة هو ابنى من زوج فلان وأقام كل واحد منهما البينة جعلته ابن هذين اللذين فى يدهما لان سبب النسب فيما بينهما ظاهرا وهو الفراش فيحال به على هذا السبب ويثبت النسب منهما ولان أكثر مافي الباب ان كل واحد من الحاضرين ينصب خصما عن كل واحد من الغائبين والغائبان الخارجان لو أقاما البينة بأنفسهما ترجحت بينة ذى اليد على بينتهما فكذلك هنا . قال صبي فى يد رجل فأقام مسلم البينة انه ابنه من امرأته هذه الحرة وأقام عبد البينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة وأقامت مكاتبة البينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه المكاتبة فانى أقضى به للحر

لان البينات استوت فى اثبات النسب وفى الحر زيادة اثبات الحرية للولد فان لم يدعه الحر وانما ادعاه العبد والمكاتب فانى أقضى به للمكاتب لان فى بينته زيادة فان ولد المكاتبة يكون مكاتبا والكتابة تفسد العتق ويثبت به للمكاتب ملك اليد والمكاتب فكان المثبت للزيادة من البينتين أولى . قال ولو ادعى نصرانى ويهودى ومجوسى وأقام كل واحد منهم البينة قضيت به لليهودى والنصرانى لان دين اليهودى والنصرانى اذا قوبل بدين المجوسى فدين المجوسى شر منه (ألا ترى) أن ذبائح اليهود والنصارى تحل وكذلك منا كحتهن ولا تحل ذبائح المجوسى ومنا كحتهن للمسلمين فكان حال اليهودى والنصرانى مع المجوسى كحال المسلم مع اليهودى ولهذا قلنا ان المولود بين المجوسى والكتابى يكون بمنزلة الكتابى تحل ذبيحته وعلى قول زفر والشافعى رحمهما الله لا تترجح البينة في هذه المواضع بالدين اعتبارا لدعوى النسب بدعوى الملك . ولو ادعى مسلم وكافر ملكا وأقاما البينة أو كتابى أو مجوسى وأقاما البينة لم تترجح أحدهما ولكنا نقول فى دعوى الملكين ليس في بينة أحدهما زيادة لان المسلم والكافر يستويان فأما فى النسب فى احدى البينتين زيادة منفعة للولد فتترجح تلك البينة لهذا . قال ولو ادعى عبد مسلم انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة وادعى حر ذمى انه ابنه ولد على فراشه من امرأته هذه يقضي للحر الذمى لان فى بينته اثبات الحرية للولد وذلك منفعة عاجلا ولانه اذا بلغ لا يمكنه اكتساب الحرية لنفسه ولعل الله تعالى يهديه فيسلم بنفسه وكان ترجيح جانب الحرية أولى فى حقه. قال صبي فى يد رجل لا يدعيه فأقامت امرأة البينة انه ابنها ولدته وأقام رجل البينة انه ابنه ولد على فراشه ولم يسموا أمه جعلته ابن الرجل والمرأة لان العمل بالبينتين ممكن فان الولد يكون ثابت النسب من الرجل والمرأة جميعا وكذلك لو كان فى يد المرأة وليس في قبول بينتها ما يدفع بينة الرجل فقضينا بالنسب منهما ومن ضرورته القضاء بالفراش بينهما وما ثبت لضروة الشهادة فهو كالمشهود به والله أعلم بالصواب

باب دعوي الرهط فى الدار

(قال رحمه الله دار فى يد رجل ادعاها رجل جميعا وأقام البينة وادعى آخر نصفها وأقام البينة قال أبو حنيفة رحمه الله يقسم بين المدعيين على طريق المنازعة ارباعا ثلاثة ارباعها لمدعي الجميع وربعها لمدعى النصف . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم على طريق العول والمضاربة

أثلاثا) ولهذا نظائر واضداد ومن نظائرها الموصى له بجمع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصي له بعين مع الموصى له بنصف ذلك العين اذا لم يكن للميت سواه ومن اضدادها العبد المأذون المشترك اذا ادانه أحد المولين مائة وأجنبي مائة ثم بيع بمائة فالقسمة بين المدين والاجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذلك المدبر اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر وغرم المولي قيمته لهما وكذلك العبد اذا قتل رجلا عمداً وآخر خطأ وللمقتول عمدا ابنان فعفا أحدهما ثم دفع العبد بالجنايتين ومما اتفقوا على ان القسمة فيه بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء وضاقت التركة عن ايفاء حقوقهم والموصى له بالثلث والموصى له بالسدس اذا لم تجز الورثة ومما اتفقوا على أن القسمة فيه بطريق المنازعة فضولى باع عبد رجل بغير أمره وباع فضولي آخر نصفه فأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعا وأصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق فى العين كانت القسمة على طريق العول فالتركة بين الورثة ومتى وجبت بسبب حق كان في العين كالاصل فالقسمة على طريق المنازعة كما في بيع الفضولى فان حق كل واحد من المشتريين كان فى الثمن يتحول بالشراء الى المبيع وفى مسئلة الدعوي حق كل واحد من المدعيين فى العين فكانت القسمة علي طريق العول لمعنى ان حق كل واحد منهما شائع فى العين فما من جزء منه الا وصاحب القليل مزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة بطريق العول والاصل عند أبي حنيفة رحمه الله ان كل واحد منهما اذا كان يدلى بسبب صحيح معلوم فالقسمة على طريق العول كالورثة فى التركة واذا كان يدلى لا بسبب صحيح ثابت فالقسمة على طريق المنازعة ومالا منازعة فيه لصاحب القليل يسلم لصاحب الكثير فى بيع الفضولين فان بيع كل واحد منهما غير صحيح قبل اجازة المالك وهذا لان المضاربة انما يصار اليها عند الضرورة وذلك عند قوة السبب واستواء السببين فى صفة الصحة ففى مسئلة الدعوى سبب استحقاق كل واحد منهما الشهادة وهى لا توجب شيئا قبل اتصال القضاء فلم يكن كل واحد من السببين معلوم الصحة فلهذا كانت القسمة على طريق المنازعة وما قال يبطل بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بسبب حق كان فى الذمة ومع ذلك كانت القسمة عوليا . قال فان كان المدعون ثلاثة يدعى أحدهم جميعها والآخر نصفها والآخر ثلثها وأقاموا البينة فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله القسمة بطريق العول فتكون أصل المسئلة

من ستة يضرب مدعى الكل بسهام الدار ستة ومدعى الثلثين بسهام الثلثين أربعة ومدعى النصف بثلاثة فيقسم الدار بينهم على ثلاثة عشر سهما وعند أبي حنيفة رحمه الله القسمة بطريق المنازعة ولا منازعة لصاحب النصف والثلثين فيما زاد على الثلثين وصاحب الجميع يدعي ذلك فيسلم له بلا منازعة وما زاد على النصف الى تمام الثلثين لا منازعة فيه لصاحب النصف فيكون بين صاحب الجميع والثلثين نصفين يبقى ستة استوت منازعتهم فيه فكان بينهم أثلاثا فيسلم لمدعى النصف سدس الدار ولمدعى الثلثين ربع الدار ولمدعي الجميع مابقى وذلك سبعة أسهم من اثنى عشر . قال ولو كانت الدار فى يد رجلين فادعى أحدهما نصفها والآخر جميعها فالبينة على مدعى الجميع لان دعوى كل واحد منهما منصرف الى ما فى يده أولا ليكون يده محقة فى حقه وهذا لان حمل أمور المسلمين على الصحة واجب فصاحب النصف لا يدعى شيئا مما فى يد صاحب الجميع وصاحب الجميع يدعى شيئا مما فى يد صاحب النصف فعليه اثباته بالبينة فان أقاما البينة فالدار كلها لصاحب الجميع لانه ان اجتمع بينة الخارج وبينة ذى اليد فيما فى يد صاحب النصف فبينة الخارج أولى بالقبول . قال ولو كانت الدار فى يد ثلاثة نفر فادعى أحدهم جميعها والآخر ثلثيها والآخر نصفها وأقاموا البينة واستحلف كل واحد منهم ونكل فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله القسمة على طريق المنازعة بينهم فتكون من أربعة وعشرين سهما لان فى يد كل واحد منهم ثلث الدار ودعوى كل واحد منهم ينصرف الي مافي يده ثم فيما فضل في ذلك الى مافى يد صاحبه لانه ليس أحدهما بأولى به من الآخر ولا بينة لكل واحد منهم فيما في يده فأما الثلث الذى في يد صاحب النصف لا بينة له فى ذلك وصاحب الجميع يدعى الجميع وصاحب النصف يدعى الثلثين لانه يدعى الثلثين ثلث في يده وثلث فى يد صاحبه فيكون دعواه فيما فى يد كل واحد منهما نصف الثلث فيسلم نصف هذا الثلث لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الآخر بينهما نصفان لاستواء منازعتهما فيه فصار هذا الثلث علي أربعة والثلث الذى فى يد صاحب الثلثين صاحب الجميع يدعى جميعه وصاحب النصف يدعى ربعه لانه يدعى النصف والثلث فى يده فانما بقى الثلث فى يد صاحبه فكان دعواه فى يد كل واحد منهما نصف السدس وذلك ربع ما فى يديه فثلاثة ارباع ما فى يده سالم لصاحب الجميع واستوت منازعتهما في الربع فكان بينهما نصفين وما فى يد صاحب الجميع يدعى صاحب الثلثين نصفه وصاحب النصف ربعه وفى اول سمة ويأخذ كل واحد منهما

بقدر ما ادعاه فان جعلت سهام الدار على أربعة وعشرين كان فى يد كل واحـد منهم ثمانية والسالم لصاحب الجميع مما في يد صاحب النصف ستة ثلاثة ارباع مافي يده وله مما في يد صاحب الثلثين سبعة ويبقى له مما كان في يده سهمان فجملة ما سلم له خمسة عشر وصاحب الثلثين أخذ مما في يد صاحب الجميع أربعة ومما يد صاحب النصف سهمين وذلك ستة فهو له وصاحب النصف أخذهما في يد صاحب الجميع سهمين ومما في يد صاحب الثلثين سهما فاذا جمعت بين هذه السهام كانت أربعة وعشرين وعنـدهما القسمة على طريق العول فصاحب الجميع يضرب فيما فى يد صاحب النصف بالجميع وصاحب الثلثين بالنصف فصار هذا الثلث أثلاثا وصاحب الجميع فيما فى يد صاحب الثلثين بالجميع وصاحب النصف بالربع فصار هذا الثلث أخماسا وصاحب النصف يأخذ مما فى يد صاحب الجميع الربع وصاحب الثلثين يأخـذ النصف فصار هذا الثلث ارباعا فقد وقع الكسر بالاثلاث والارباع والاخماس فاضرب خمسة فى ثلاثة فيكون خمسة عشر ثم فى أربعـة فيكون سـتين فصار كل ثلث من الدار على ستين سهما فيكون جميعهـا مائة وثمانين فمافى يد صاحب النصف وذلك ستون سهما لصاحب الجميع ثلثاه أربعون وصاحب الثلثين عشرون وما فى يد صاحب الثلثين لصاحب النصف خمسة وذلك اثنا عشر ولصاحب الثلث أربعة اخماسه ثمانية وأربعون ويأخذ صاحب النصف مما فى يد صاحب الجميع ربعه خمسة عشر وصاحب الثلثين النصف ثلاثين فيبقى فى يد صاحب الجميع خمسة عشر وقد وصل اليه من يد الآخرين ثمانيـة وثمـانون وذلك مائة وثلاثة أسهم فذلك نصيبه وصاحب الثلاثين أخذ من يد صاحب الجميع ثلاثين ومن يد صاحب النصف عشرين وذلك خمسون وصاحب النصف أخـذ من يد صاحب الثلثين اثنى عشر ومن يد صاحب الجميع خمسة عشر فيكون سبعة وعشرون فاذا جمعت بين هذه السهام كانت مائة وثمانين مثل سهام الدار فاستقام. قال دار فى يد رجل منها منزل وفى يد آخر منها منزل فادعى أحدهما الدار بينهما نصفين وقال الآخر هى كلها لى وأقاما البينة فلمدعى الكل المنزل الذى فى يده ونصف المنزل الذى فى يد الآخر لان دعوى الآخر فى نصف شائع فانما يدعى هو نصف ما فى يده ولا دعوى له فى النصف الآخر ومدعى الجميع يدعى ذلك لنفسه فيأخذه لانه لا منازع له ومدعى النصف يدعى نصف المنزل الذي فى يد مدعى الجميع وهو ينازعه فى ذلك فلا يستحقه الا بحجة. قال ولو كانت الدار كلها فى أيديهما ولم يعرف شئ منها فى يد واحـد منهما فهى بينهما نصفان لان

مدعى النصف تنصرف دعواه الا مافى يده فلا يستحق الآخر عليه شيأ من ذلك الا بحجة وان كان سفلها فى يدرجل وعلوها فى يد آخر وطريق العلو فى الساحة فادعى كل واحد منهما أن الدار له فالدار لصاحب السفل الا العلو وطريقه فانه لصاحب العلو لان العلوفى يد صاحب العلو وكذلك طريقه فى السفل فانه مستعمل له بالتطرق فيه الى علوه فأما السفل والساحة ففى يد صاحب السفل لان هو المستعمل للساحة بوضع أمتعته وصب وضوئه وكسر حطبه فيه فالقول فيه قوله وأن أقاما البينة فلكل واحد منهما مافى يد صاحبه ترجيحا لبينة الخارج على بينة ذى اليد فى دعوى الملك.قال ولو كانت الدار فى يد ثلاثة فادعي أحدهم النصف والآخر الثلث والثالث السدس وجحد بعضهم دعوي البعض فان في يد كل واحد منهم الثلث فالثلث الذي فى يد مدعي السدس له نصفه لانه لايدعى أكثر من ذلك والنصف الآخر موقوف عنده فان قامت البينة لصاحب النصف أخذ من يد كل واحد من صاحبيه نصف سدس الدار لانه يدعى النصف وفي يده الثلث فما زاد عليه الى تمام النصف وهو السدس يدعيه وفى يد صاحبيه اذ ليس أحدهما يصرف دعواه الى مافى يده باولى من الآخر فاذا أثبت ذلك بالبينة أخذ من يد كل واحد منهما نصف السدس ولا يقال أن نصف ما فى يد مدعى السدس هو لايدعيه فينبغى أن ينصرف دعوى مدعي النصف اليه حتى يأخذ كل ذلك السدس من غير اقامة البينة عليه لوجهين أحدهما أنه يدعى بعض ذلك فى يد صاحب الثلث فكيف يأخذه من يد مدعى السدس وهو انما يدعيه فى يد غيره والثانى أن باعتبار دعواه شيئا مما فى يد صاحب الثلث كان صاحب الثلث منازعا له فى هذا السدس الذى فى يد صاحب السدس وهو لايدعيه ومع تمكن المنازعة لايتمكن من أخذه الابحجة والله أعلم بالصواب

باب دعوى الحائط والطريق

(قال رحمه واذا كان الحائط بين دارين فادعاه صاحب كل واحد من الدارين فان كان لاحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يستحق بوضع الجذوع ترجيحا على صاحبه) لان وضع الجذوع محتمل قد يكون عن ملك وقد يكون عن استعارة وقد يكون عن غصب والمحتمل لايكون حجة ولنا أن واضع الجذوع مستعمل للحائط بوضع حمله عليه والاستعمال يد وعند تعارض

الدعوتين القول قول صاحب اليد كما لو تنازعا فى دابة لاحدهما عليها حمل كان هو أولى بها ولان الظاهر شاهد له ولان وضعه الجذوع دليل على أنه بنى الحائط لحاجته اذا وضع حمله عليه ومثل هذه العلامة تثبت الترجيح كما اذا اختلف الزوجان فى متاع البيت بجعل ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأة وان كان لاحدهما عليه هوادى أو بواري لا يستحق به شيئا لان هذا ليس بحمل مقصود بنى الحائط لاجله فلا يثبت به الترجيح كما لو تنازعا فى دابة ولاحدهما عليه مخلاة علقها لا يستحق به الترجيح بخلاف الجذوع فانه حمل مقصود يبنى الحائط لاجله فيثبت له اليد باعتباره وكذلك ان كان لاحدهما عليه جذوع أو اتصال وللآخر بوارى فهو لصاحب الجذوع والاتصال وان كان لاحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال فصاحب الجذع أولى ومراده من هذا مداخلة انصاف اللبن بعضها فى بعض اذا كان من أحد الجانبين هذا النوع من الاتصال ببناء أحدهما لان وضع الجذوع استعمال للحائط والاتصال مجاورة واليد تثبت بالاستعمال دون المجاورة فكان صاحب الجذوع أولى كما لو تنازعا فى دابة واحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى وذكر الطحاوى رحمه الله أن صاحب الاتصال أولى لان الكل صار فى حكم حائط واحد فهذا النوع من الاتصال في بعضه متفق عليه لاحدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولان الظاهر أنه هو الذي بناه مع حائطه فمداخلة انصاف اللبن لا يتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان هو أولى. قال فى الكتاب الا أن يكون اتصال تربيع بيت أو دار فيكون لصاحب الاتصال حينئذ وكان الكرخي رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال أن يكون هذا الحائط المتنازع من الجانبين جميعا متصلا بحائطين لاحدهما والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل فى حكم شئ واحد فصاحب الاتصال أولى والمروى عن أبي يوسف رحمه الله أن المعتبر اتصال جانبي الحائط المتنازع بحائطين لاحدهما فأما اتصال الحائطين بحائط أخرى غير معتبر وعليه أكثر مشايخنا رحمهم الله لان الترجيح انما يقع له يكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع ولصاحب الجذوع موضع جذوعه لان استحقاق صاحب الاتصال بالظاهر وهو حجة لدفع الاستحقاق لا لالاستحقاق على الغير فلا يستحق به على صاحب الجذوع رفع جذوعه فان (قيل) لما قضى بالحائط لصاحب الاتصال فينبغي أن يأمر الآخر برفع الجذع لانه حمل موضوع

له في ملك الغير بغير سبب ظاهر لاستحقاقه كما لو تنازعا في دابة ولاحدهما عليها حمل وللآخر مخلاة يقضى لصاحب الحمل ويؤمر الآخر برفع المخلاة قلنا لان وضع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقا له في الاصل بسبب فكان من ضرورة القضاء بالدابة لصاحب الحمل أمر الآخر برفع المخلاة فأما هنا فقد يثبت له حق وضع الجذوع على حائط لغيره بأن كان ذلك مشروطا في أصل القسمة فليس من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الآخر وهذا بخلاف مالو أقام أحدهما البينة وقضي له به يؤمر الآخر برفع جذوعه لان البينة حجة للاستحقاق فيستحق صاحبها رفع جذوعه عن ملكه وان لم يكن متصلا ببناء أحدهما ولم يكن عليه جذوع فهو بينهما نصفان لاستوائهما فيه في اليد حكما فانه بكونه بين داريهما يثبت لكل واحد منهما عليه اليد حكما وان كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللآخر عليه خشبة واحدة فلكل واحد منهما ما تحت خشبته ولا يكون بينهما نصفان استحسن ذلك في الخشبة والخشبتين وهكذا ذكر في كتاب الصلح . وقال في كتاب الاقرار الحائط كله لصاحب عشر خشبات الاموضع الخشبة فانه لصاحبها وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله ان الحائط بينهما نصفان وهو قول أبي يوسف رحمه الله وهو القياس ووجهه ان الاستعمال بموضع الخشبة يثبت يد صاحبها عليه فصاحب القليل فيه يستوى بصاحب الكثير كما لو تنازعا في ثوب عامته في يد احدهما فطرف منه في يد الآخر كان بينهما نصفين ووجه رواية كتاب الاقرار لصاحب العشر خشبات عليه حمل مقصود يبنى الحائط لاجله وليس لصاحب الخشبة الواحدة مثل ذلك ولان الحائط لا يبنى لاجل خشبة واحدة عادة وانما ينصب لاجلها اسطوانة فكان صاحب العشر خشبات أولى به كما في الدابة اذا كان لاحدهما عليها حمل مقصود وللآخر مخلاة يقضى بها لصاحب الحمل الا أنه لا يرفع خشبة الآخر لان استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر يستحق به رفع الخشبة على الآخر وأما وجه رواية كتاب الدعوى ان الاستحقاق باعتبار وضع الخشبة فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق به في ذلك الموضع فأما ما بين الخشبات لم يذكر في الكتاب انه يقضى به لايهما لان من أصحابنا رحمهم الله من قال يقضى بالكل بينهما على احدى عشر سهما عشرة لصاحب الخشبات وسهم لصاحب الخشبة الواحدة اعتبار لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة من الحائط وأكبرهم على أنه يقضى به لصاحب العشر

خشبات لان استحقاق الآخر بالخشبة لا بعلامة يستدل بها على انه هو الذى بنى الحائط أو للآخر عليه علامة يستدل بها على انه هو الذى بنى الحائط فان الحائط يبنى لوضع عشر خشبات لا لوضع خشبة واحدة فلهذا كان الكل لصاحب الخشبات الا موضع الخشبة الواحدة لضرورة استعمال صاحبها والثابت بالضرورة لا يعدو مواضعها وان كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللآخر ثلاث خشبات فصاعدا قضى به بينهما نصفان اعتبارا لادنى الجمع بأقصاه وهذا لان لكل واحد منهما عليه حمل مقصود يبنى الحائط لاجله فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك في القلة والكثرة كما لو تناعاق دابة ولاحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كانت بينهما نصفين وان كان لاحدهما عليه خشب وللآخر عليه حائط سترة فالحائط الاسفل لصاحب الخشب لكونه مستعملا له بوضع حمل مقصود عليه ولصاحب السترة السترة على حالها لان بالظاهر لا يستحق رفعه سترة الآخر بمنزلة سفل لاحدهما وعليه علو لآخر وان كان لاحدهما عليه سترة وليس للآخر عليه شئ يقضى به لصاحب السترة لان الحائط قد يبنى لاجل السترة فكانت هذه علامة لاستحقاق صاحبها وهذا بخلاف الهوادى فان الحائط لا يبنى لاجله فلا يستحق صاحبه به الترجيح . قال واذا كان جص بين دارين يدعيه كل واحد من صاحبي الدارين والقمط الى أحدهما قضى به بينهما نصفان في قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقضي لمن عليه القمط واستدل بحديث دهيم بن قران ان رجلين اختصما في جص فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم حذيفة بن اليمان رضى الله عنه ليقضى بينهما فقضى بالجص لمن اليه القمط ثم أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستصوبه وأبو حنيفة رحمه الله احتج فقال نفس القمط متنازع فيه فلا يجوز أن يجعل ذلك دليل الملك لاحدهما وهو المتنازع فيه بعينه ولان الانسان قد يتخذ جصا ويجعل القمط الى جانب جاره ليكون جانبه مستويا فيطينه ويجصصه وتأويل الحديث ان صاحب القمط أقام البينة حين تحاكما فقضى له حذيفة رضى الله عنه بالبينة وذكر القمط على سبيل التعريف كما يقال قضى لصاحب العمامة والطيلسان وكذلك لو اختلفا فى حائط ووجهه الى أحدهما وظهره الى الآخر فهو بينهما عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يقضي لمن كان اليه ظهر البناء وانصاف اللبن لان العادة ان الانسان يجعل ظهر البناء الى جانب نفسه ليكون مستويا وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذه العادة مشتركة قد يجعلها الى جانب جاره وقد يجعلها الى الطريق فلا يكون ذلك دليل انعدام ملكه فى الحائط

وكذلك ان كانت الطاقات الى أحدهما فالحاصل ان ظهر البناء كله متنازع فلا يمكن جعله دليلا للحكم به لاحدهما. قال واذا كان سفل الحائط لرجل وعلوه لآخر فأراد صاحب السفل أن يهدم السفل فليس له ذلك لان السفل فيه حق لصاحب العلو من حيث قرار بنائه عليه فلا يكون له أن يبطل حق الغير عن ملك نفسه وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ليس له أن يفتح فيه بابا ولا كوة ولا يدخل فيه جذعا لم يكن قبل ذلك الا برضاء صاحب العلو وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يفتح ذلك اذا كان لا يضر بصاحب العلو فان كان شيء من ذلك يضر به لم يكن له أن يفعله وكذلك لم يحفر فى سفله بئرا وكذلك لو أراد صاحب العلو أن يحدث على علوه بناء أو يضع عليه جذوعا أو يشرع فيه كنيفا لم يكن له ذلك فى قول أبي حنيفة رحمه الله أضر بالسفل أو لم يضر وعندهما ان أضر بالسفل منع من ذلك أو لم يضر بالسفل لم يمنع *حجتهما ان كل واحد منهما انما يتصرف فى خالص حقه فلا يمنع من ذلك الا أن يلحق الضرر بمن له فيه حق كالموصي له بالخدمة على الموصى له بالرقبة فانه لا يمنع الموصي له بالرقبة من التصرف فى ملكه الا مايضر بالموصى له بالخدمة وأبو حنيفة رحمه الله يقول لصاحب العلو حق بناء قدر معلوم على بناء السفل واذا أراد أن يزيد على ذلك منع منه كما لو استأجر دابة ليحمل عليها حملا معلوما فليس له أن يحمل أكثر من ذلك وان لم يضر بالدابة وكذلك صاحب العلو له حق فى بناء السفل من حيث قرار علوه عليه وفتح الباب والكوة يوهن البناء وكذلك حفر البئر فى ساحة السفل يوهن البناء فلا يكون له أن يفعل ذلك الا برضا صاحب العلو (ألا ترى) أن كل واحد منهما يمنع من التصرف الذى يضر بصاحبه فلو كان الملك لكل واحد منهما خالصا لم يمنع أحدهما من التصرف وان أدى الى الاضرار بصاحبه كالجارين. قال واذا كان الحائط بين رجلين فأقام رجل البينة على احدهما انه أقر أن الحائط له قضيت له بحصته من الحائط لان ثبوت اقراره بالبينة كثبوته بالمعاينة واقرار أحد الشريكين فى نصيب نفسه صحيح لان الاضرر فيه على الشريك فلا فرق فى حقه بين أن يشاركه فى الحائط المقر أو المقر له فان كان الحائط في يد رجل وله جذوع شاخصة فيه على دار رجل آخر فاراد أن يحمل الدار فكما لا يكون لغيره أن يحدث فى ساحة داره عليه كنيفا فلصاحب الدار أن يمنعه من ذلك لان هواء الدار حق لصاحبها كساحة بناء بغير رضاه فكذلك لا يكون له احداث البناء فى هواء داره بغير رضاه والجذوع الشاخصة نوع ظاهر يدفع به الاستحقاق فلا يستحق

به شيئا وليس لصاحب الدار أن يقطع الجذوع لانها وجدت كذلك ويحتمل أن تكون حجة لذلك الا أن تكون نفس الجذوع بحق مستحق لصاحبها فلا يكون لصاحب الدار أن يقطعها الا بحجة والظاهر لا يصلح حجة كذلك الا أن تكون جذوعا لا يحمل على مثلها شيئا انما هو أطراف جذوع خارجة فى داره فحينئذ يكون له أن يقطعها لان عين الجذوع غير مقصودة بعينها انما المقصود هو البناء عليها فما لا يبنى على مثله لا يجوز أن يكون مستحقا له فى ملك الغير فكان لصاحب الدار أن يقطعها وما يبنى عليه يجوز أن يكون مستحقا له بسبب فلا يكون له قطعها ما لم يتبين أنه أحدث نصبها غصبا . قال واذا كان السفل لرجل والعلو لآخر فانهدم لم يجبر صاحب السفل على بناء السفل لانه ملكه ولا يجبر صاحب الملك على بناء ملكه فله حق التدبير في ملك نفسه كانشاء بيع أو بناء بخلاف ما اذا كان صاحب السفل هو الذى هدمه لانه صار متعديا بالهدم لما لصاحب العلو في بناء السفل من حق قرار العلو عليه فيجبر على بنائه بحقه كالراهن اذا قتل المرهون أو المولى قتل عبده المديون فاما عند الانهدام لم يوجد من صاحب السفل فعل هو عدوان ولكن لصاحب العلو أن يبنى السفل ثم يبني عليه العلو لانه لا يتوصل الى بناء ملكه الا ببناء السفل فكان له أن يتطرق ببناء السفل ليتوصل الى حقه ثم يمنع صاحب السفل من أن يسكن سفله حتى يرد على صاحبه العلو قيمة البناء لانه مضطر الى بناء السفل ليتوصل الى منفعة ملكه فلا يكون متبرعا فيه والبناء ملك الثانى فكان له أن يمنعه من الانتفاع بالبناء حتى يتملكه عليه بأداء القيمة وذكر الخصاف رحمه الله أنه انما يرجع على صاحب السفل بما أنفق في بناء السفل ووجهه أنه مأذون فى هذا الانفاق شرعا فيكون كالمأمور به من صاحب السفل لان للشرع عليه ولاية *ووجه هذه الرواية أن البناء ملكه فيتملكه عليه صاحب السفل بقيمته كثوب الغير اذا انصبغ بصبغ غيره فأراد صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه يعطى صاحب الثوب ما زاد الصبغ فى الثوب لان الصبغ ملك صاحب الصبغ في ثوبه وذكر في الامالى عن أبي يوسف رحمه الله أن السفل كالمرهون فى يد صاحب العلو ومراده من ذلك منع صاحب السفل من الانتفاع بسفله بمنزلة الرهن. قال ولو كان بيت بين رجلين أو دار فانهدمت لم يكن لاحدهما أن يجبر صاحبه على البناء لان تميز نصيب أحدهما من نصيب الآخر بقسمة الساحة ممكن فان بناها أحدهما لم يرجع على شريكه بشئ لانه غير مضطر فى هذا البناء فانه يتمكن من مطالبة صاحبه بالقسمة ليبنى فى نصيب نفسه

بخلاف العلو والسفل وكذلك الحائط ان لم يكن عليه جذوع لان أس الحائط محتمل للقسمة بينهما الا أن يكون بحيث لا يحتمل القسمة نحو الحائط المبني بالخشبة فحينئذ يجبر أحدهما على بنائه واذا بناه أحدهما مع صاحبه من الانتفاع به حتى يرد عليه قيمة نصيبه كالعبد المشترك اذا كان عاجزاً عن الكسب وامتنع أوحد الشريكين من الانفاق عليه كان لصاحبه أن يجبره على ذلك وان كان على الحائط جذوع لهما فلاحدهما أن يجبر صاحبه على المساعدة معه في بنائه وان لم يساعده على ذلك بناه بنفسه ثم يمنع صاحبه من وضع جذوعه عليه حتى يرد عليه قيمة حصته من البناء لان لكل واحد منهما حق في نصيب صاحبه من حيث وضع الجذوع عليه وذلك يبطل بقسمة أس الحائط بينهما فان كان الجذوع على الحائط لاحدهما دون الآخر فلصاحب الجذوع ان يبين الحائط ولا يشاجر صاحبه على المطالبة بقسمة الحائط لان له حق وضع الجذوع على نصيب صاحبه فان كان هو الذى يطالب بالقسمة فليس له أن يمتنع من ذلك لان ترك القسمة كان لحقه وقد رضي هو بسقوط حقه وصار هو في حق الآخر كانه ليس لواحد منهما عليه جذوع وكذلك الحمام المشترك اذا انهدم فهو بمنزلة الدار لان قسمة الساحة ممكن فاذا بناه أحدهما لم يرجع على صاحبه بشئ. قال واذا كان لرجل باب من داره في دار رجل فأراد أن يمر في داره من ذلك الباب فمنعه صاحب الدار فصاحب الباب هو المدعى للطريق في دار الغير فعليه اثباته بالبينة ورب الدار هو المنكر فالقول قوله مع يمينه وبفتح الباب لا يستحق شيئا لان فتح الباب رفع جزء من الحائط ولو رفع جميع حائطه لا يستحق به في ملك الغير شيئا فكذلك اذا فتح بابا وقد يكون فتح الباب لدخول الضوء والريح وقد يكون للاستئناس بالجار والتحدث معه فلا يكون ذلك دليلا على طريق له في الدار فان أقام البينة انه كان يمر في هذه الدار من هذا الباب لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لانهم شهدوا بيد كانت له في هذا الطريق فيما مضي وبهذه الشهادة لا يستحق المدعى شيئا (ألا ترى) انا لو عايناه مر فيه مرة لم يستحق به شيئا الا أن يشهدوا ان له فيها طريقا ثابتا فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم والطريق يجوز أن يكون مستحقا له في دار الغار في أصل القسمة أو أوصى له به فتقبل البينة على اثباته وان لم يحدوا الطريق ولم يسموا ذرع العرض والطول بعد أن يقولوا ان له طريقا في هذه الدار من هذا الباب الى باب الدار فالشهادة مقبولة ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول تأويله اذا شهدوا على اقرار الخصم بذلك فالجهالة لا تمنع صحة الاقرار فأما اذا

شهدوا على الثبات لا تقبل شهادتهم لجهالة فى المشهود به والاصح انها تكون مقبولة لان الجهالة انما تمنع قبول الشهادة اذا تعذر على القاضى القضاء بها وهنا لا يتعذر فان عرض الباب يجعل حكما فيكون عرض الطريق له بذلك القدر وطوله الى باب الدار. قال فى بعض النسخ فان لم يحدوا الطريق فذلك أحور للشهادة وفي بعضها قال وان سموا الطول والعرض فذلك أحور للشهادة وهذا ظاهر لان الجهالة ترتفع به وأما اللفظ الاول فوجهه انه لا حاجة الى التحديد للعمل بالشهادة وربما يمتنع بذكرها العمل بها فان من العلماء من يقدر الطريق بسبعة أذرع لحديث روى فيه فلو بين الشهود عرض الطريق ربما يذكرون أقل من ذلك أو أكثر والقاضى يذهب الى ذلك المذهب فيرد شهادتهم واذا أطلقوا عمل القاضى بشهادتهم فكان ترك التحديد أنفذ للشهادة ومعنى قوله أحور أى نفذ وكذلك لو قالوا مات أبوه وترك هذا الطريق ميراثا لانهم بينوا سبب ملكه وذلك لا يقدح فى شهادتهم. قال ولو كان لرجل ميزاب فى دار رجل فأراد أن يسيل فيه الماء فمنعه رب الدار فليس له أن يسيل فيه الماء حتى يقيم البينة ان له فى هذه الدار مسيلا لان الميزاب مركب فى ملكه كالباب فلا يستحق به حقا فى دار الغير الا بحجة فان أقام البينة انهم قد رأوه يسيل فيه الماء لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لما بينا أنهم شهدوا بيد كانت له فيما مضى وقد ذكر فى كتاب الشرب أنهما لو تنازعا في نهر واحدهما يسيل فيه ماءه فالقول قوله لان يده قائمة في النهر باستعماله بتسييل الماء فيه فأما هنا ليست له يد قائمة فى الدار بتسييل الماء فى الميزاب فى وقت سابق وبعض مشايخنا من المتأخر رحمهم الله قالوا اذا كان مسيل الماء الى جانب الميزاب ويعلم انه قديم لم يحدث صاحب السطح فانه يستحق تسييل الماء فيه من غير بينة لان الظاهر شاهد له فان الانسان لا يجعل سطحه الى جانب ميزاب الا بعد أن يكون له حق تسييل الماء فيه بعمله أما اذا امتنع من تسييل الماء فيه يتعذر عليه تغييره الى جانب آخر فان شهد الشهود ان له مسيل ماء فيها من هذا الميزاب قبلت الشهادة لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فى حقه فان شهدوا أنه لماء المطر فهو لماء المطر وان شهدوا انه لصب الوضوء فيه فهو لذلك لانهم بينوا صفة ما شهدوا به من الحق وان لم يفسروا شيئا من ذلك فالقول قول رب الدار فى ذلك مع يمينه لان أصل الحق ثابت بالشهادة ولا يثبت صفته فالقول قول صاحب الدار لان ضرر ذلك يختلف فى حقه فان المسيل لماء المطر يكون ضرره في وقت خاص ولصب الوضوء فيه يكون الضرر فى كل وقت فيكون

القول فى البيان قول صاحب الدار وعليه اليمين على جحوده دعوى صاحبه اعتبارا للصفة بالاصل وان كانت الدار التى ادعى الطريق أو المسيل فيها بين الورثة فاقر بعضهم بالطريق والمسيل وجحد ذلك البعض لم يكن للمدعى أن يمر فيه ولا يسيل ماءه بقول بعضهم لانه لا يتوصل الى الانتفاع الا بنصيب الجاحدين واقرار المقر ليس بحجة فى حقهم فلا يتمكن من التطرق أو يسيل الماء فى نصيب المقر خاصة لانه غير متميز عن نصيب شركائه وهذا بخلاف الاقرار بالملك فان اقرار أحد الشركاء فى نصيبه يجعل المقر أحق بنصيب المقر من حيث التصرف فيه والانتفاع به لتمكنه من ذلك فى نصيب المقر على أن يكون قائما مقامه وقد ذكر فى موضع آخر فان وقع ذلك الموضع فى نصيب المقر تطرق فيه المقر له ويسيل ماءه وان وقع فى نصيب غيره يضرب المقر له بالطريق أو المسيل فى نصيب المقر بقدر ذلك ويضرب المقر بحصته سوي الطريق والمسيل فيكون بينهما على ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت الورثة ثلاثة ضرب المقر بثلث المسيل وانما أراد به اذا أقر له بملك الطريق أو المسيل وأصله فيما ذكر فى كتاب الاقرار دار مشتركة بين اثنين أقر أحدهما ببيت بعينه لانسان وسنذكر ذلك فى موضعه فى كتاب الاقرار ان شاء الله تعالى. قال واذا كان مسيل الماء فى قناة فاراد أن يجعله ميزابا لم يكن له ذلك الا برضاء أصل أهل الدار الذين عليهم المسيل وكذلك لو كان ميزابا فأراد أن يجعله قناة لم يكن له ذلك الا برضاهم لان فى القناة الماء لا يفيض على وجه الارض ولكنه مغور يسيل الماء فى بطنه وفي الميزاب يسيل الماء على وجه الارض فاذا أراد أن يجعل القناة ميزابا ففيه زيادة ضرر على أهل الدار بأن يفيض الماء فى ساحة الدار واذا أراد أن يجعل الميزاب قناة يحتاج الي حفر ساحة الدار وفيه ضرر على صاحب الدار وانما يثبت له من الحق قدرا معلوما فلا يكون له أن يلحق الضرر بهم فى الزيادة الا برضاهم وقيل هذا اذا لم يكن ذلك الموضع مملوكا له وانما له حق تسييل الماء فيه فأما اذا كان الموضع مملوكا له فله أن يجعل القناة ميزابا والميزاب قناة لانه يتصرف فى خالص ملكه فلا يمنعه منه ضرر يلحق جاره. قال أرأيت لو جعل ميزابا أطول من ميزابه أو أعرض كان له ذلك لانه ان جعله أطول كان انصباب الماء فيه من غير الموضع الذى كان حقه فيه وان جعله أعرض ينصب الماء فيه أكثر مما هو حقه ولو أراد أن يسيل فيه ماء سطح آخر لم يكن له ذلك لانه لم يكن لذلك السطح حق

تسييل الماء فى هذا الدار وفيه زيادة ضرر على صاحب الدار وكذلك لو أراد أن ينقل الميزاب عن موضعه لانه ينصب الماء فيه فى غير الموضع الذى هو حقه وكذلك لو أراد أن يرفعه أو يسفله ففى كل ذلك نوع ضرر على صاحب الدار سوى ماكان مستحقا لصاحب الميزاب فلايملكه الا برضاه. قال ولو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطا ليسد مسيله لم يكن لهم ذلك لانهم قصدوا منع حق مستحق للغير فى دارهم وان أرادوا أن يبنوا بناء يسيل ميزابه على سطحه كان لهم ذلك لانه لاضرر فيه على صاحب الميزاب اذا لافرق فى حقه بين أن ينصب ماء المطر فى ساحة الدار أو على ظهر بيت يبنونه فى ذلك الموضع وليس لهم أن يبنوا فى ساحة الدار مايمنع صاحب الطريق من التطرق فيه ولكنهم اذا أرادوا أن يبنوا الساحة ينبغى لهم أن يتركوا من الساحة قدر الطريق ويبنون ماسوى ذلك لانه لا حق له الا فى موضع الطريق فان وقعت المنازعة بينهم فى عرض ما يتركون له من الطريق جعلوه قدر عرض باب الدار لان ذلك متفق عليه فيردعليهم المختلف فيه ولانه لامنفعة لصاحب الطريق فى الزيادة على ذلك فانه لا يحمل مع نفسه فى الطريق الا مايتمكن من ادخاله فى باب الدار ويتمكن لذلك فى طريق عرضه مثل عرض باب الدار والله أعلم

باب الدعوى فى شئ واحد من وجهين

(قال رحمه الله دار فى يد رجل ادعى رجل أن أباه مات وتركها ميراثا له منذ سنة جاء بشاهدين فشهدا أنه اشتراها من ذى اليد منذ سنتين لم تقبل هذه البينة لان شرط قبول البينه تقديم الدعوى فان حقوق العباد انما يجب بقاؤها عند طلب صاحب الحق أو من يقوم مقامه وما شهد به شهوده لم يتقدم الدعوى به منه ولا يتمكن من أن يدعيه لان دعواه الاول يناقض دعواه الثانى فان بما ورثه عن أبيه منذ سنة لا يتصور أن يكون مشتريا له من ذى اليد منذ سنتين والتناقض يعدم ميراثا قد أكذب شهوده على الشراء فلهذا لا تقبل شهادتهم له وكذلك لو شهدوا بهبة أو صدقة له من ذى اليد منذ سنتين ولو كان المدعى ادعى أن ذى اليد تصدق بها عليه منذ سنة وشهد الشهود على الشراء منذ سنتين لم تقبل ايضا لان بعد دعواه الاولى لايمكنه دعوى الشراء منذ سنتين فلانعدام الدعوى أولا كذلك شهوده تمنع العمل بشهادتهم وكذلك لو ادعى الشراء أولا منذ سنة ثم أقام البينة على الصدقة منذ سنتين

ولو ادعى الصدقة منذ سنة ثم أقام البينة على الشراء منذ شهر لم تقبل الا أن يوفق فيقول جحدنى الصدقة فاشتريتها منه فحينئذ يقضى بها له لان من حيث الظاهر الشهادة مخالفة للدعوى الا أن التوفيق ممكن فقد يجحد المتصدق الصدقة فيشتريها منه المتصدق عليه بعد ذلك فتقبل البينة عند التوفيق كما لو ادعى الفا وشهد له الشهود بالف وخمسمائة لم تقبل الا أن يوفق المدعي فيقول كان حق الفا وخمسمائة ولكنى استوفيت منه خمسمائة ولم يعلم به الشهود بخلاف ماتقدم فان هناك لا يمكنه أن يوفق فيقول جحدنى الصدقة منذ سنة فاشتريتها منه منذ سنتين وكذلك لو ادعى الشراء منذ سنة ثم أقام البينة على الصدقة منذ شهر وقال جحدنى الشراء فسألته فتصدق على بها بعد ذلك فهذا توفيق صحيح ينعدم به التناقض وإكذاب الشهود وكذلك لو ادعي الميراث من أبيه منذ سنة وشهد الشهود على شرائها من ذى اليد منذ شهر فقال جحدنى ذلك ولم يكن له بينة فاشتريتها منه منذ شهر فهذا توفيق صحيح. وكذلك لو ادعى أمة فى يدى رجل فقال اشتريتها منه بعبدى هذا منذ سنة ثم جاء بالبينة انه اشتراها منذ سنة وجاء بشاهدين فشهدا أنه اشتراها منه بالف درهم مطلقا أو منذ شهر تقبل الشهادة اذا وفق أو قال حين جحدنى الشراء بالعبد فاشتريتها بالف درهم بعد ما قمنا من مجلسك أيها القاضي والبيع الثانى ينقض البيع الاول فيتمكن القاضى من القضاء بالعقد الذى شهدوا به عند هذا التوفيق ولو شهدوا أنه اشتراها بالف درهم منذ سنة أو أكثر لم أقبل شهادتهما لان اختلاف اليد يوجب اختلاف العقد فالتوفيق غير ممكن ان شهدوا بالشراء منه منذ سنة لانه لا تاريخ بين العقد المدعا والمشهود به وان شهدوا بالشراء بالف منذ أكثر من سنة لا يتمكن القاضى من القضاء بالعقد الذي شهدوا به لان العقد المدعا كان بعده بزعم المدعى وهو ينقض العقد الاول فلا يمكنه القضاء بالعقد المدعا لان الحجة لم تقم به فلهذا لا تقبل الشهادة . قال فان ادعى عينا فى يد رجل أنه له وشهد شهوده أنه اشتراه من ذي اليد ونقده الثمن أو وهبه ذو اليد أو تصدق به عليه أو أنه ورثه من أبيه قبلت الشهادة لان المعتبر الموافقة بين الدعوى والشهادة معنى لا لفظا (ألا ترى) أن المدعى يقول ادعي عليه كذا والشاهد يقول أشهد عليه بكذا والموافقة معنى موجود هنا لانه ادعي الملك وقد شهدوا له بالملك مع بيان سببه ولا بد للملك من سبب فبيان سبب الملك من الشهود فى الشهادة ان لم يؤكد شهادتهم بالملك لا تندفع بها وهذا بخلاف ما اذا ادعى الشراء من ذى اليد وشهد له الشهود بالملك مطلقا لان

الشهادة هنـاك أزيد من الدعوى فان الملك بالشراء حادث والشهادة على الملك المطلق تثبت الاستحقاق من الاصـل حتى يرجع الباعة بعضهم علي بعض بالثمن فاما اذا ادعى ملكا مطلقا وشهد الشهود بالشراء فالملك به دون المدعا فذلك لا يمنع قبول الشهادة كمالوادعى الفا وشهد له الشهود بخمسمائة تقبل ولو ادعى خمسمائة وشهد له الشهود بالف لاتقبل وكذلك لو ادعى أنه له ثم ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة فيـه وأقام البينة على ذلك تقبل بينته لانه لامنافاة بين الدعوتين فالوكيل بالخصومة قد نضف العين الى نفسـه على معنى أن له حق المطالبة به فيتمكن القاضى من القضاء بما شهد به الشهود بعد دعواه الاول ولو ادعى أول مرة انه لفلان وكله بالخصومة فيـه ثم أقام البينة انه له لم أقبـل بينته لان ماهو مملوك له لايضاف الى غيره عند الخصومة فلا يتمكن القـاضى من القضاء بالمشهود به وهو الملك له بعد ما أقر أنه وكيل فيه بالخصومة بما ادعاه الاول ولا يتمكن من القضاء بالملك لان الشهود لم يشهدوا به وكذلك ان أقام البينة أنه لفلان آخر وكله بالخصومة فيه لااقبل ذلك منه لان الوكيل بالخصومة فى العين من جهة زيد لا يضفه الى غيره فيتمكن من التناقض بين الدعوتين على وجه لايمكن التوفيق بينهما . قال ولو ادعاه لرجل زعم أنه وكله فيـه بالخصومة ثم قال بعد ذلك أنه باعه من فلان وهو يملكه وكانى فلان المشترى بالخصومة وجاء بالبينة على ذلك قبلت بينته وقضيت به للموكل الآخر لانه وفق بين الدعوتين بتوفيق ممكن لو عاينا ذلك صححنا دعواه الثانية فكذلك اذا وفق بتلك الصفة ويقضى به للموكل الآخر وتأويل هذا اذا شهدوا الشهود بالملك بالشراء فاما اذا شهدوا بالملك المطلق لا تقبل الشهادة . قال ولو ادعي القاضى في صك جاء باسمه ثم جاء بالبينة أن ذلك المال لغيره وانه قد وكله بالخصومة فيـه قبلت ذلك منه لما بينا أن الوكيل بالخصومة قد يضيف المال الى نفسه على معنى أن له حق المطالبة به فيتمكن القاضي من القضاء بالشهادة والله أعلم بالصواب

باب ادعاء الولد

(قال رحمه الله ذكر عن شريح رحمه الله أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب اليه اذا أقر الرجل بولده لم يكن له أن ينفيه وهكذا عن على رضي الله عنه وبقولهما نأخذ أنه متى ثبت النسب باقراره لم يكن له أن ينفيه بعـد ذلك) لان النسب لايحتمل النقض والنسخ

ولا يتصور تحويله من شخص الى شخص وباقراره ثبت منه لكون الاقرار حجة عليه فان (قيل) اليس أن النسب يثبت من الزوج بفراش النكاح ثم يملك نفيه باللعان (قلنا) لان ثبوته هناك بحكم الفراش على احتمال أن لا يكون منه فيتصور نفيه اما هنا بثبوت النسب منه بتنصيصه على أنه مخلوق من مائه فلا يبقى بعده احتمال النفي كالمشتري اذا أقر بالملك للبائع ثم استحق من يده ورجع بالثمن لم يبطل اقراره حتى اذا عاد الى يده يوما يؤمر بتسليمه الى البائع بخلاف مااذا اشتراه ولم يقر له بالملك لان نفس الشراء وان كان اقرار بالملك فالاحتمال فيه باق بخلاف الاقرار به نصا وعن جابر رضي الله تعالى عنه قال مر عمر رضى الله عنه على جارية تسقى مع رجل من بئر فقال لمن هذه فقالوا لفلان قال ولده يطأها قالوا نعم قال أما انها لو ولدت ألزمته ولدها وبظاهره يأخذ الشافعى رحمه الله فنقول الامة تصير فراشا بنفس الوطء ولا حجة له فيه لان عنده الفراش انما يثبت باقرار المولى وهنا الاقرار في الاجانب وبه لا يثبت الفراش فأما ان يحمله على أنه عرف انها أم ولده أو يحمل على ان مراده من ذلك حث الناس على تحصين الجواري ومنعهن عن الاختلاط بالرجال فقد ظهر ان عمر رضى الله عنه ما يخالف هذا على ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه كان له جارية وكان يطأها فجاءت بولد ونفاه وقال اللهم لا يلحق بآل عمر من لا يشبههم فأقرت أنه من فلان الراعي وعن زيد بن ثابت رضى الله عنه أنه كان يطأ جاريته فجاءت بولد فنفاه فقال كنت أطأها ولا أبغي ولدها أي أعزل عنها وهكذا نقل عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما والذى ذكر في الكتاب عن ابن عمر رضي الله عنهما ان عمر رضى الله عنه قال من وطيء وليدة له فضيعها فالولد منه والضياع عليه لا حجة فيه للخصم لان الوليدة اسم لام الولد فانه فعيل بمعنى فاعل أي والده وذكر عن عمر رضى الله عنه قال حصنوهن أولا تحصنوهن انما رجل وطيء جارية فجاءت بولد ألزمته اياه وانما قال ذلك على سبيل الحث للناس على تحصين السرارى ومنعهن عن الخروج ثم لا خلاف بين العلماء رحمهم الله ان النسب يثبت بالفراش والفراش تارة يثبت بالنكاح وتارة يثبت بملك اليمين فأما الفراش في النكاح الصحيح يثبت بنفسه اذا جاءت بالولد لمدة يتوهم ان العلوق بعد النكاح ثبت النسب على وجه لا ينتفى الا باللعان اذا كان من أهل اللعان وكذلك النسب يثبت بشبهة النكاح اذا اتصل به الدخول وهذه الشبهة تثبت بالنكاح الفاسد تارة وباخبار المخبر انها امرأته تارة لان الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبنى على

الاحتياط وأمر النسب مبنى على الاحتياط (ألا ترى) ان فى حق وجوب المهر والعدة جعلت الشبهة بمنزلة حقيقة النكاح فكذلك فى النسب ومتى ثبت النسب بالشبهة لا يمكن نفيه بحال لان نفى النسب بعد ثبوته لا يكون الا باللعان ولا يجرى اللعان فى النكاح الفاسد والوطء بالشبهه واما بملك اليمين لاخلاف أن النسب لايثبت بنفس الملك ولا بالوطء بشبهة الملك بدون الدعوة وانما الخلاف فى ان بنفس الوطء بملك اليمين هل يصير فراشا حتى لايثبت النسب به عندنا الا ان يقر المولى بالنسب وعند الشافعي يثبت بنفس الوطء ولكن اذا كان المولى يطأها ويمنعها من الخروج فالاولى له ان يدعى ولدها ولا ينفيه فان الميرة فى هذا ولكن لايلزمه حكما الا بالدعوة واحتج الشافعي بما روي عن عبد الله بن زمعة وسعد بن أبى وقاص رضي الله عنهما اختصما بين يدى رسول الله صلي الله عليه وسلم فى ولد ولتده زمعة فقال عبد ولد أبى ولد على فراش أبى وقال سعد رضى الله عنه ابن أخى عهد الي فيه أخى وامرأنى أن أضمه الى نفسى فقال صلي الله عليه وسلم هو لك ياعبد الولد للفراش وللعاهر الحجر فقد أثبت النسب من زمعة باقرار من يخلفه بوطئه اياها ولم يسبق من زمعة دعوة النسب فدل أن الفراش يثبت بنفس الوطء والمعنى فيه انه وضع ماءه حيث له وضعه فيثبت النسب منه كما فى فراش النكاح وهذا لان الوطء بملك اليمين ينزل منزلة عقد النكاح (ألا ترى) أنه تثبت به حرمة المصاهرة كما يثبت بالنكاح بل أقوى فحرمة الربيبة تثبت بالوطء ولا يثبت بنفس النكاح وكذلك يحرم الجمع بين الاختين وطئا بملك اليمين كما يحرم الجمع بينهما نكاحا ثم الفراش فى حق النسب يثبت بالنكاح فكذلك بالوطء بملك اليمين ولنا ان وطء الامة كملكها وبملكها لا يثبت الفراش لانه محتمل قد يكون لبيعها وقد يكون لوطئها فكذلك وطئه إياها محتمل قد يكون للاستفراش وقد يكون لقضاء الشهوة وتحقيق ذلك بالعزل عنها عادة وينفرد بذلك شرعا والمحتمل لايكون حجة فلايثبت النسب منه الا بالدعوة التى لا يبقى بعدها احتمال بخلاف النكاح فانه لايكون الا للفراش عادة (ألا ترى) ان التمكن من الوطء هناك جعل بمنزلة حقيقة الوطء وهنا بالتمكن من الوطء لا يثبت النسب بالاتفاق للاحتمال فكذلك بحقيقة الوطء ولان هناك لايبطل بثبوت النسب ملكا ثابتا للزوج وهنا يبطل ملك المالية والتصرف فيها بثبوت نسب ولدها والمحتمل لا يكون حجة فى ابطال الملك المتحقق به وبه فارق حرمة المصاهرة فليس في اثباتها ابطال الملك بل باب الحرمة مبنى على الاحتياط فيجوز اثباته مع الاحتمال ولان

نبوته باعتبار الاتحاد بين الواطئين حسا حتى تصير أمهاتها وبناتها كامهاته وبناته وذلك حاصل بملك اليمين (ألا ترى) ان الرضاع فى اثبات الحرمة جعل كالنسب ولم يجعل كهو في ابطال الملك به يعنى بالعتق عليه وكذلك حرمة الجمع بين الاختين نكاحا للتحرز عن قطيعة الرحم بينهما وذلك يحصل بالوطء بملك اليمين فأما حديث عبد فقد ذكر أبو يوسف رحمه الله فى الامالى ان وليده زمعة كانت أم ولد له وفى بعض الروايات في الحديث زيادة قال ولد أبى ولد على فراش أبى لانى أقربه أبى وعندنا اذا أقر المولى بالنسب يثبت النسب منه على أن قوله صلى الله عليه وسلم هو لك ياعبد ليس بقضاء بالنسب بل هو قضاء بالملك له لكونه ولد أمة أبيه ثم أعتقه عليه باقراره بنسبه (ألا ترى) أنه عليه الصلاة والسلام قال لسودة فأما أنت ياسودة فاحتجبى منه فانه ليس بأخ لك والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش تأكيد نفى النسب عن عتبة بن أبى وقاص رضى الله عنه لانه كان عاهرا لا الحاق النسب بزمعة قال واذا حبلت الامة عند رجل ثم باعها وقبض ثمنها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع ثبت النسب منه وقضى بأنها أم ولد له وولدها حر الاصل وعليه رد الثمن على المشترى عندنا استحسانا وفى القياس لا يثبت النسب منه مالم يصدقه المشترى وبه أخذ زفر والشافعى رحمهما الله * وجه القياس فى ذلك ان البائع مناقض فى كلامه ساع فى نقض ما قدتم به وهو البيع فلا يقبل قوله كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها وهذا لان اقدامه على بيعها اقرار منه أنها ليست بأم ولد له ولنا انا تيقنا بحصول العلوق فى ملكه وذلك ينزل منزلة البينة فى ابطال حق الغير عنها كالمريض اذا جاءت جاريته بولد فى ملكه فادعى نسبه نزل ذلك منزلة البينة فى ابطال حق الغرماء والورثة عنها وعن ولدها وتفسير الوصف أن أدنى مدة الحبل ستة أشهر فاذا جاءت بولد من ذلك فقد تيقنا بحصول العلوق قبل البيع وتأثيره وهو أن بحصول العلوق فى ملكه يثبت له حق استلحاق النسب بالدعوة وذلك لايحتمل الابطال وانما يبطل البيع ما كان محتملا للابطال فأما فيما لا يحتمل الابطال الحال بعد البيع وقبله سواء فاذا بقى حق استلحاق النسب له بقى ما كان ثابتا وهو التفرد به من غير حاجة الى تصديق المشترى وخفاء أمر العلوق يكون عذرا له في اسقاط اعتبار التناقض وقبول قوله فى ابطال البيع كما ان الزوج اذا كذب نفسه بعد قضاء القاضى بنفى النسب ثبت منه وبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض وهذا لان الانسان قد يعلم تدينا أن العلوق ليس منه ثم يتبين له أنه منه ولا

يوجد مثل هذا في دعوى العتق والتدبير فلهذا لايقبل قول البائع فيه فان ادعاه المشترى بعد ذلك فعلى طريق القياس يثبت النسب منه لان دعوة البائع لم تصح وعلى طريقة الاستحسان لما ثبت النسب من البائع لا تصح دعوة المشترى لان البيع قد انتقض فصار هو كاجنبي آخر ولان الولد قد استغنى عن النسب ثبوت نسبه من البائع وان كان المشتري ادعاه أولا ثبت النسب منه لانها مملوكته في الحال علك اعتاقها واعتاق ولدها فتصح دعوته أيضا لحاجة الولد الى النسب والحرية ويثبت لها أمية الولد باقراره ثم لاتصح دعوة البائع بعد ذلك لان الولد قد استغنى عن النسب حين ثبت نسبه من المشترى ولانه قد يثبت فيه مالا يحتمل الابطال وهو حقيقة النسب فيبطل به حق الاستلحاق الذى كان ثابتا للبائع ضرورة فان ادعياه معا ثبت النسب من البائع عندنا وقال ابراهيم النخعى رحمه الله يثبت النسب من المشترى لان للمشترى حقيقة الملك فيها وفى ولدها وللبائع حق والحق لايعارض الحقيقة كما لو جاءت جارية رجل بولد فادعاه هو وأبوه معا ثبت النسب من المولى لان له حقيقة الملك فيها وللاب حق فيسقط اعتبار الحق فى مقابلة الحقيقة ولنا ان دعوة البائع دعوة استيلاء لان أصل العلوق فى ملكه ودعوة المشترى دعوة تحرير فان أصل العلوق لم يكن فى ملكه ولا يعارض دعوة التحرير دعوة الاستيلاد كما لا يعارض نفس الاعتاق دعوة الاستيلاد بمعنى أن دعوة الاستيلاد لا تقتصر على الحال بل تستند الى وقت العلوق ودعوة التحرير تقتصر على الحال فدعوة البائع سابقة معنى فكأنها سبقت صورة بخلاف دعوة المولى مع أبيه فان شرط صحة دعوة الاب بملك الجارية من وقت العلوق اذ ليس له فى مال ولده ملك ولا حق الملك فاقتران دعوة المولى بدعوة الاب يمنع تحصيل هذا الشرط فلهذا أثبتنا النسب من المولى دون أبيه ولو ان المشترى أعتق الام أو استولدها أو دبرها ثم ادعى البائع الولد ثبت نسبه منه لان الولد يحتاج الى النسب بعد عتق الام وهو مقصود بالدعوة وحق الاستيلاد في الام يثبت تبعا فلا يمتنع ثبوت الاصل بامتناع ثبوت البيع اذ ليس من ضرورة ثبوت نسب الولد ثبوت أمية الولد للام كما في ولد المغرور يثبت نسب الولد ولا تصير الام أم ولد للمغرور ثم يرد البائع حصة الولد من الثمن دون الام لانه تعذر فسخ البيع فى الام لما جرى فيها من عتق المشترى فانه لا يجوز أن يرد أمه توطأ بالملك بعد ما نفذ العتق فيها ولم يتعذر الفسخ في الولد وقد صار الولد مقصوداً بهذا الاسترداد فتصير له حصة

من الثمن فلهذا يسترد المشترى حصة الولد من الثمن ولو ماتت الام ثم ادعي البائع نسب الولد صحت دعوته لما بينا ويرد البائم جميع الثمن فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمها الله يمسك حصة الام من الثمن لانه تعذر فسخ البيع فيها بالموت كما في الفصل الاول وهذه المسئلة فى الحقيقة تنبني على المسئلة الخلافية المعروفة بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فى مالية أم الولد فعند أبى حنيفة رحمه الله لا قيمة لرقها حتى لا يضمن بالغصب فكذلك لا يكون لها حصة من الثمن وقد زعم البائع انها أم ولد وزعمه حجة عليه وعلى قولهما لرقها قيمة حتي يضمن بالغصب فيمسك حصتها من الثمن ثم الفرق لابى حنيفة رحمه الله بين هذا والاول أن هناك القاضى كذب البائع فيما زعم حين جعلها معتقة من جهة المشترى أو مدبرة أو أم ولد فلم يبق لزعمه غيره فاما هنا بموتها لم يجز الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقى زعمه معتبرا في حقه فلهذا رد جميع الثمن ولو كان المشتري باع الام أو وهبها أو رهنها أو أجرها أو كاتبها أبطلت جميع ذلك ورددتها على البائع لان هذا التصرفات محتملة للنقض كالبيع الاول فكما يجوز نقض البيع الاول بدعوة الاستيلاء من البائع فكذلك يجوز نقض هذه التصرفات ولو كان المشترى أعتق الولد أو دبره ثم ادعى البائع نسبه لم يصدق في ذلك اذا أكذبه المشتري لان الولد مقصود بالدعوة وقد ثبت المشترى فيه مالا يحتمل النقض وهو الولاء فيبطل به حق الاستلحاق الذى كان للبائع لان الولاء كالنسب وقد بينا أنه لو ثبت النسب من المشترى لم يكن للبائع حق الدعوة بعد ذلك فكذلك اذا ثبت الولاء له وكذلك لو قبل الولد عنده وأخذ قيمته ثم ادعاه البائع لم تصح دعوته كما لو مات الولد وهذا لانه بالموت أو القتل قد استغنى عن النسب وصحة دعوة البائع لحاجة الولد الى النسب ثم لا يرد الام على البائع لان حقها تبع لحق الولد فى النسب ولم يثبت ما هو الاصل فلا يثبت ماهو بيع لانه لو ثبت كان مقصودا لا تبعا ولو قطعت يد الولد فاخذ المشترى نصف قيمته ثم ادعاه البائع صحت دعوته لان الولد الاقطع محتاج الى النسب محل لانتقاص البيع فيه ولكن الارش يبقى سالما للمشترى لان ابانة اليد كانت على حكم ملكه ودعوة البائع انما تعمل فى القائم دون اليد المبانة وليس من ضرورة ثبوت نسب الولد بطلان حق المشترى عن الارش لانه ينفصل عنه فى الجملة لان الارش مال ليس من النسب فى شئ فيرد الجارية مع ولدها على البائع بجميع الثمن الا حصة اليد فقد احتبس بدلها عند المشترى فلا يسلم له مجانا ولكن حصته من الثمن

تسلم للبائع كما ذكرنا فيما اذا احتبست الام عنده وكذلك لو كان القطع فى الام لان المعنى الذى أشرنا اليه يجمع الكل ولو فقأ رجل عينى الولد فدفعه المشترى الى الجانى وأخذ قيمته ثم ادعى البائع نسبه صحت دعوته لان المفقوءة عيناه يحتاج الى النسب ودفعه بالجناية محتمل للنقض فلا يمنع صحة دعوة البائع فيرد الام والولد على البائع ويرد جميع الثمن على المشترى عند أبى حنيفة رحمه الله لان من أصله أن الجانى يرجع على المشترى بجميع القيمة فان الجثة العمياء اذا لم تسلم للجانى لا يلزمه شئ عند أبى حنيفة رحمه الله حتى لو أعاد المولى امساك الجثة والرجوع بنقصان القيمة لم يكن له ذلك عنده فاذا لم يسلم للمشترى شئ من بدل العينين رد البائع جميع الثمن وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله المشترى يرجع على الجانى بنقصان العينين لان فى الابتداء لو أراد امساك الجثة والرجوع بنقصان العينين كان له ذلك فكذلك فى الانتهاء واذا كان للمشتري نقصان العينين رد البائع عليه جميع الثمن الا حصة النقصان وكذلك لو فقئت عينا الام فهو على ما بينا. قال ولو ادعى البائع نسب الولد وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر وكذبه المشترى ثم قتل الولد بعد ذلك أو قطعت يده فعلى الجانى من ذلك ماعليه بالجناية على الاحرار لان بمجرد الدعوى ثبت النسب وصار الولد حرا فانه لا عبرة لتكذيب المشترى فانما حصلت الجناية بعد ذلك على حر وان كانت الجناية على الام كان عليه ما فى جناية أم الولد لان حق أمية الولد قد ثبت له بثبوت نسب الولد وحاصل هذا انه لا حاجة الى قضاء القاضى فى ابطال هذا البيع وعودهما الى البائع لانه قد ثبت فيها وفى ولدها بنفس الدعوة ماهو مناف للبيع وان جنى الولد كانت جنايته كجناية الحر وجناية أمه كجناية أم الولد لثبوت ذلك فيها بنفس الدعوة وان كانت الجناية منهما قبل الدعوة فهو على البائع دون المشترى لان البائع بالدعوة قد صار مبطلا ملك المشترى فيهما بغير صنع من المشترى فليس على المشترى من موجب جنايتهما شي ولكن البائع مختار ان كان عالما بالجناية لانه بالدعوة أثبت الحرية للولد وحق الحرية للام فيكون كالمنشىء لذلك بعد الجناية فلهذا صار مختارا ولو كانت الجارية لم تلد بعد فادعى البائع أن حبلها منه وقال المشترى ليس بها حبل وأراها النساء فقلنا هى حبلى أو قال المشترى بها حبل ولكنه ليس منك فالبائع لا يصدق فى الدعوة حتى تضع لانه لا طريق لمعرفة الحبل حقيقة فانه مما استأثر الله تعالى بعلمه لقوله تعالى ويعلم مافى الارحام ولان شرط صحة دعوة البائع ان تلد لاقل من ستة أشهر من وقت البيع حتى يعلم يقينا أن العلوق كان فى

ملكه ولا يدرى أنها هل تضع لاقل من ستة أشهر أم لا فلعلها تسقط سقطا غير مستبين الخلق أو يضع الولد أكثر من ستة أشهر فلهذا لا تصح دعوة البائع فان جاء به لاقل من ستة أشهر الآن تصح تلك الدعوة كما لو أنشأها بعد الوضع لان تيقنا أن العلوق حصل في ملكه فلو جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر فأدعاه البائع وقال أصل الحبل كان عندى وقال المشترى لم يكن عندك انما كان العلوق قبل شرائك فالقول قول البائع لانهما تصادقا على اتصال العلوق بملك البائع فكان الظاهر شاهداً للبائع ولان المشتري يدعى تاريخا سابقا فى العلوق على ملك البائع فلا يصدق على ذلك فان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع لانه يثبت تاريخا سابقا فى ملكه على العلوق وملكه حقه فبينته على سبق التاريخ فيه مقبولة ولا شك فى هذا عند أبى يوسف رحمه الله واختلف المشايخ على قول محمد رحمه الله منهم من يقول قوله هكذا ومنهم من يقول البينة بينة المشترى عنده لانه هو المحتاج الى اقامة البينة وأصل هذا فيما اذا قال المشترى اشتريتها منك منذ سنة وقال البائع انما بعتها منك منذ شهر فالقول قول البائع لان المشتري يدعى زيادة تاريخ فى شرائه فلا يصدق على ذلك الا بحجة فان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع عند أبى يوسف رحمه الله لانه يثبت ببينته حصول العلوق فى ملكه وثبوت حق استلحاق النسب له وعند محمد رحمه الله البينة بينة المشترى لانه هو المحتاج الى اثبات التاريخ فى شرائه بالبينة فيثبت ببينته ان شراءه كان منذ سنة وذلك مانع من صحة دعوة البائع فلهذا قبلت بينته . قال وان كانت ولدت الجارية المبيعة بنتا لاقل من ستة أشهر ثم ولدت ابنتها ابنا فأعتق المشترى الابن ثم ادعى البائع الابنة فهى ابنته لان العلوق بها كان فى ملكه ودعوته فيها دعوة استيلاد ويثبت حرية الاصل فيها ومن ضرورته ابطال عتق المشترى على ابنها لان العتق يطرأ على الرق ومن ضرورة كونها حرة الاصل أن ينفصل الولد منها حراً وكذلك ان كانت الابنة ولدت ابنتا قال (ألا ترى) ان رجلا لو ولدت جاريته عنده غلاما ثم ولد للغلام ابن فباع المولى ابن الولد الذى ولد عنده فأعتقه المشترى ثم ادعى الولد الذى كان العلوق به فى ملكه صحت دعوته ويبطل بيع الابن وعتق المشترى اياه لانه تبين بصحة دعوته حرية الاصل للاب وذلك يوجب حرية الابن لان الابن مولود من أمة كانت لمدعى الاب فتبين أنه كان ملك ابن ابنه وعتق عليه قبل أن يبيعه وبطل به بيع المشترى وعتقه قال وهذا بمنزلة التوأم وفى بعض النسخ التوأمين وكلاهما صحيح عند أهل اللغة منهم من قال التوأم أفصح كما يقال هما زوج

ومنهم من قال التوامان أفصح كما يقال هما كفوان واخوان وبيانه جارية ولدت ولدين فى بطن واحد من علوق كان فى ملك مولاها فباع المولى أحدهما وأعتقه المشترى ثم ان البائع ادعى نسب الذى عنده يثبت نسبهما منه لانهما خلقا من ماء واحد فلا ينفصل أحدهما عن الآخر نسبا وقد كان العلوق بهما في ملكه فيثبت حرية الاصل للذى عند البائع ومن ضرورته ثبوت حرية الاصل للآخر وكان ذلك بمنزلة اقامة البينة في ابطال عتق المشترى وشرائه فى الآخر فكذلك فيما سبق وهذا بخلاف ما تقدم اذا اعتق المشترى الام ثم ادعى البائع نسب الولد لم يبطل عتق المشترى فى الام لانه ليس من ضرورية حرية الاصل للولد ثبوت أمية الولد للام في ولد المغرور ولان هناك لو أبطلنا عتق المشتري فيها رددناها من حالة الحرية الى حالة الرق وذلك لا يجوز لان العتق أسقط الرق والمسقط متلاشي لا يتصور عوده وهنا لو أبطلنا عتق المشترى رددناه الي حال حرية الاصل وذلك مستقيم ولان فيه ابطال الولاء الثابت للمشترى والولاء أثر من آثار الملك فلم يجز اسقاطه الا عند قيام الحجة فلهذا أبطلنا عتق المشتري في هذه الفصول ولو لم يبع ابن الابن ولكنه باع الابن فاعتقه المشترى ثم ادعاه لم تجز دعوته لان المقصود بالدعوة الابن وقد اتصل به من جهة المشترى ما لا يحتمل النقض وهو الولاء فيبطل به حق الاستحقاق الذى كان ثابتا للبائع فيه وعتق ابن الابن الذى فى يده لانه أقر له بالحرية حين زعم انه ابن ابنه والاقرار بالنسب وان لم يعمل في اثبات النسب لمانع كان عاملا فى الحرية كما لو قال لعبده وهو معروف النسب من الغير هو إبنى يعتق عليه وكذلك لو مات عند المشترى لانه بالموت استغنى عن النسب وخرج البيع من أن يكون محتملا للنقض فيه فلم يعمل دعوة البائع فى حقه وعتق ابن الابن باقراره كما بينا ولو كان مكان الابن ابنتا فماتت عند المشترى ثم ادعى البائع نسبها لم تصح دعوته فى حقها ولا فى حق ابنتها وهذا والملاعنة سواء في قول أبي حنيفة رحمه الله اذا كان ولد الملاعنة ابنتا فولدت ابنا ثم ماتت الام ثم أكذب الملاعن نفسه لم يعمل اكذابه فى اثبات نسبها مع بقاء ابن يخلفها فكذلك هنا والمعنى فيهما سواء وهو أن ينسب الولد القائم الى أبيه دون أمه فيجعل أمه كالميتة لا عن ولد وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يفرقان بين هذه وولد الملاعنة فان عندهما هناك ولدا لابنه كولد الابن فى قيامه مقام ولد الملاعنة حتى يصح اكذاب الملاعن نفسه ويثبت نسب ولد الملاعنة وان كان ميتا لان هناك أصل النسب كان

ثابتا بالفراش فاستتر باللعان وبقي موقوفا على حقه حتى لو ادعاه غيره لم يصح فيجعل بقاء ولده كبقائه فى صحة الاظهار بالدعوة وأما نسب ولد المبيعة ما كان ثابتا من البائع ولا موقوفا على حقه حتى لو ادعاه المشترى ثبت نسبه منه فلا تعمل دعوته في الاثبات ابتداء الا في حال بقائه أو بقاء من ينسب اليه وولد الابن ينتسب اليه بالبنوة دون ولد الابنة فلهذا لا يثبت النسب بعد موت الابنت بالدعوة . قال واذا حبلت الامة فولدت فى يد مولاها ثم باعها فزوجها المشترى من عبده فولدت له ولدا ثم مات العبد عنها فاستولدها المشترى ثم ادعى البائع الولد الذى عنده ثبت نسبه منه لان العلوق به كان فى ملكه فدعوته فيه دعوة استيلاد ويرد اليه ابن العبد بحصته من الثمن لانه ولد أم ولد فى حقه وهو ثابت النسب من غيره وولد أم الولد بمنزلة أمه ولو لم يستولد المشترى الام كانا جميعا مردودين عليه فاستيلاده الام يثبت فيها ما لا يحتمل النقض وهو حق العتق للمشترى فنزل ذلك منزلة حقيقة العتق وذلك لا يمنع رد الولد اليه لان أحدهما ينفصل عن صاحبه فان (قيل) هذا الولد في حكم أمية الولد تبع للأم ولا يثبت البائع حق أمية الولد في الام فكيف يثبت فى ولدها (قلنا) لا كذلك بل هما جميعا بأثمان للولد الذى عنده لان الام بيع ولا بيع للتبع فتعذر رد احدهما عليه لا يمنع رد الآخر بحصته من الثمن ويعتبر فى الانقسام قيمتها وقت البيع وقيمة الولد الثانى وقت الانفصال لانه كما حدث لحق أمية الولد فيه ثابت للبائع الا أنه لما صار متقوما عند الانفصال فيعتبر فى الانقسام قيمته في ذلك الوقت ويعتق بموت البائع من جميع ماله لانه ابن أم ولده فان ادعى البائع ابن العبد انه ابنه عتق عليه ولم يثبت نسبه منه لانه يملكه ولكنه معروف النسب من الغير فدعوته اياه كاعتاقه . قال ولو باعها وهى حبلى فولدت عند المشترى بعد البيع بيوم ثم ولدت ولدا آخر بعد سنة من غير زوج فادعى البائع والمشترى الولدين معا فهما ابنا البائع أما الاكبر منهما فلان العلوق به كان فى ملك البائع يثبت نسبه منه ويبطل البيع فيه وفي أمه لانه تبين انها أم ولده من حين علقت والولد الثانى مردود عليه أيضا لانه ابن أم ولده فهو انما يدعى ملك نفسه والمشترى يدعى ملك الغير فلهذا كان دعوة البائع أولى فيهما ولو بدأ المشترى فادعى الولد الآخر أنه ابنه ثبت نسبه منه لان العلوق به حصل فى ملكه وهو محتاج الى النسب وصارت الجارية أم ولد له فان ادعى البائع بعده الولد الاول ثبت نسبه منه بحصول العلوق به فى ملكه ويرد اليه الولد خاصة بحصته من الثمن لانه تعذر فسخ

البيع فى الام لما ثبت للمشترى فيها من حق أمية الولد ولو لم يدع واحد منهما شيئا حتى لو ادعى البائع الولد الآخر لم يصدق لان العلوق بالولد الآخر لم يكن في ملكه وهو للحال مملوك للمشترى فلا دعوة له فيه مقصودة وكذلك لو مات الاول ثم ادعاهما البائع لان دعوته فى الذى مات لم تصح لاستغنائه عن النسب فلو صح كان الآخر مقصودا والعلوق به لم يحصل فى ملكه . قال وان ولدت الامة المبيعه ولدين فى بطن واحد كلاهما أو أحدهما لاقل من ستة أشهر فجنى على أحد الولدين جناية وأخذ المشترى الارش ثم ادعاهما البائع فدعوته جائزة فيهما لانا تيقنا بحصول العلوق بهما فى ملكه فانهما خلق من ماء واحد والتى ولدت لاقل من ستة أشهر يتيقن أن العلوق كان فى ملكه فيتبين أيضا أن العلوق الثانى كان فى ملكه وان ولدت لا كثر من ستة أشهر فلهذا ثبت نسبهما وبطل البيع فيهما وفى الام ولكن الارش يبقى سالما للمشترى لما بينا فى الولد الواحد أن الدعوة فى اليد المبانة لا تعمل فيبقى الارش للمشترى كما كان قبل الدعوة وكذلك اذا اكتسب احدهما كسبا فقد كان قبل الدعوة الكسب ملكا للمشترى وليس من ضرورة صحة الدعوة بطلان ملكه فى الكسب فيبقى سالما له ولو كان قتل احدهما ثم ادعاه البائع كان قيمة الموصول لورثة المقتول لان بثبوت حرية الاصل لاحدهما يثبت مثله للآخر فيكون بدله لورثته ضرورة وهذا بخلاف الارش والكسب لان التوأم لا ينفصل أحدهما عن الآخر فى النسب والحرية وأعمال ذلك في الاقطع ممكن فلا حاجة بنا الى إعماله فى إبطال ملك المشتري فى الارش والكسب فأما الواجب على القاتل بدل النفس ومن ضرورة ابطال البيع فيه عند بقاء مايخلفه أنه لا يبقى للمشترى حقا في بدل نفسه فكان ذلك لورثة المقتول قال في بعض النسخ ويصدق البائع فى بدل النفس وفى بعض النسخ قال لا يصدق فى بدل النفس وليس هذا باختلاف الرواية ولكن حيث قال يصدق يعنى فى حق المشترى حتى يبطل حقه عن القيمة لان من ضرورة ثبوت الحرية للمقتول فى الاصل أن لا يملك بدل نفسه بملك الاصل وحيث قال لا يصدق يعنى فى حق الجانى حتى لا يجب عليه الدية بل يكون الواجب عليه القيمة كما كان لانه ليس من ضرورة ثبوت الحرية فيه وجوب الدية على قاتله فكم من قتل غير موجب للدية وما كان ثبوته بطريق الضرورة تعتبر فيه الجملة دون الاحوال . قال ولو كان المشترى أعتق احدهما ثم قتل وترك ميراثا وأخذ المشترى ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين ثبت نسبهما منه وأخذ الدية والميراث من المشتري لان

حرية الاصل قد ثبت للمقتول ضرورة ثبوتها في الآخر وذلك مناف لولاء المشترى فانما أخذ ميراثه بالولاء فاذا ظهر المنافى للولاء وجب رده ولو اعادهما المشترى أولا فانهما ابناه لانهما لو كان له محتاجان الى النسب فان ادعاهما البائع بعد ذلك لم يصدق لوقوع الاستغناء لهما عن النسب بثبوت نسبهما من المشترى. قال أمة حبلت فى ملك رجل فولدت غلاما وكبر فزوجه المولى أمة له فولدت غلاما ثم باع الاسفل وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الابن الاول فهو ابنه لان العلوق به كان فى ملكه وينتقض بيع المشترى وعتقه في ابن الابن لانه تبين انه كان حرا قبل بيعه فانه انما ولد من أمة المولى ومن ملك ابن ابنه فعتق عليه وكان ذلك سابقا على بيعه فيبطل به البيع وعتق المشترى اياه ضرورة وهو بمنزلة التوأم كما قررنا ولو لم يدع البائع الذى عنده ولكن ادعى الذى باع انه ابنه كانت دعوته باطلة لانه وان حصل العلوق فى ملكه فقد نفذ فيه من جهة المشترى مالا يحتمل الابطال وهو العتق فلهذا لاتصح دعوته فيها. قال أمة ولدت ولدين فى بطن واحد ولم يكن أصل الحبل عند هذا المولى فباع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعاهما البائع فهما ابناه لانه لما بقى أحد الولدين عنده فدعوته فيه صادفت ملكه فيثبت نسبه منه ومن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر ولكن لا ينتقض عتق المشترى ولا البيع لان أصل العلوق بهما لم يكن فى ملك البائع فدعوته دعوة التحرير فينزل منزلة الاعتاق والتوأمان ينفصل أحدهما عن الآخر في الاعتاق فليس من ضرورة عتق أحدهما بدعوة البائع ابطال البيع وعتق المشترى فى الآخر بخلاف ما اذا كان العلوق بهما فى ملك البائع فان دعوته هناك دعوة استيلاد يستند الى وقت العلوق فيثبت به حرية الاصل للذى بقي عنده ومن ضرورته حرية الاصل للآخر فلهذا بطل البيع والعتق (ألا ترى) ان الجارية المشتركة بين اثنين اذا ولدت فادعاه أحدهما فان كان أصل العلوق فى ملكهما لم يضمن من قيمة الولد لشريكه شيئا وان لم يكن أصل العلوق فى ملكهما ضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسراً لان دعوته دعوة تحرير فيجعل بمنزلة اعتاقه الولد مقصودا. قال أمة في يد رجل وفى يده ولد لها وفى يد رجل آخر ولد لها فادعى الذى فى يده الولد أن الولدين جميعا ابناه ولد من هذه الامة فى بطن واحد أو فى بطنين وان الامة أمته وأقام البينة علي ذلك وادعى الذي في يديه مثل ذلك وأقام البينة علي ذلك فانه يقضى بالامة والولدين جميعا للذى الامة فى يديه لان كل واحد منهما يدعى حق

العتق فيها بسبب أمية الولد فكان دعواه حقيقة العتق فيها والبينة بينة ذى اليد لان كل واحدة من البينتين قامت لاثبات الولاء والولاء بمنزلة النسب فيترجح بينة ذى اليد فاذا قضينا بالامة له أثبتنا نسب الولدين منه لانهما ولد أم ولده قد ادعاها واجنبي ادعى نسب ولد أم ولد الغير وهذا لان استحقاق الاصل بالبينة توجب استحقاق الزوائد المنفصلة قال ولو كانت أمة فى يد رجل وفي يديه ولد لها فجاء آخر يدعيها ولا يدعى ولدها وفى يده ولد لها آخر يدعيه وأقام البينة على دعواه وأقام الذى هو فى يديه البينة أن الامة أمته ولدت الابن الذي في يديه منه ولا يعرف أى الولدين أكبر وقد ولدتهما في بطنين قضيت بالامة للذى فى يديه لدعواه أمته الولد فيها وقضيت لكل واحد منهما بالابن الذى ادعاه وهو فى يديه لان كل واحد منهما يدعى نسب أحد الولدين وخصمه لا ينازعه فى ذلك وكل واحد من الولدين محتاج الى النسب وذلك كافي للقضاء بنسبه منه بمجرد الدعوة فكيف اذا أثبته بالبينة بخلاف ما سبق فان المنازعة بينهما هناك فى نسب الولدين فرجحنا المقضي له بالجارية لان استحقاقه الاصل شاهد له فيما يدعى من نسب الولد ولانا قضينا له بالفراش حين قضينا بأمية الولد من جهته فى الام وثبوت النسب باعتبار الفراش فاذا ادعاه كان أولى به واذا نفاه ثبت من الذى ادعاه لاقامة البينة عليه واحتمال أن يكون لما ادعاه سببا صحيحا. قال أمة فى يد رجل له منها ولد فادعى آخر أن الذى الامة فى يديه زوجها منه وولدت على فراشه هذا الولد وأقام الذي فى يديه البينة الامة ان الامة لهذا المدعى وانه زوجها منه وولدت على فراشه هذا الولد فالامة بمنزلة أم موقوفة فى يدى الذى هى فى يديه لا يطأها واحد منهما لان كل واحد منهما أقر بولادتها منه والملك فيها لاحدهما فيثبت أمية الولد فيها ثم كل واحد منهما ينفيها عن نفسه ويقول انها فى ملك صاحبي وقد ادعى نسب ولدها فصارت بمنزلة أم الولد له فبقيت موقوفة لا يطأها واحد منهما كمن اشترى عبدا ثم ان البائع اعتقه وجحد البائع ذلك كان موقوفا الولاء فأيهما مات عتقت هى لان الحى منهما قد أقر بعتقها بموت صاحبه وصاحبه كان مقرا بأن اقرار الحى فيهما كان نافذا فلهذا تعتق بموت احدهما والولد للذي هو في يديه لان دعواهما فيه دعوى النسب وبينة ذى اليد فى دعوى النسب تترجح على جانب الخارج . قال أمة في يدى رجل وفي يده ولد لها فادعى آخر أنه تزوجها بعد اذن مولاه فولدت له على فراشه هذا الولد الذى في يد مولاها وأقام البينة على ذلك وأقام المولى

البينة أنه ابنه ولد على فراشه من أمته هذه فانى أقضى بالولد للزوج وأثبت نسبه منه لان ثبوت النسب باعتبار الفراش وفراش النكاح أقوى فى اثبات النسب من فراش الملك (ألا ترى) أن النسب الذى يثبت بالنكاح لا ينتفى بمجرد النفى والذي يثبت بملك اليمين ينتفى بمجرد النفى والضعيف لا يظهر فى مقابلة القوى فلهذا أثبتنا النسب من الزوج ولكنه يعتق باقرار المولى لانه قد أقر بحريته حين ادعى نسبه وكذلك الامة بمنزلة أم الولد للمولى لانه كما أقر للولد بالحرية فقد أقر لها بحق الحرية بسبب هو محتمل فى نفسه فيثبت لها حق أمية الولد حتى اذ مات المولى عتقت وهذا لانه انما يمتنع العمل باقراره فى ابطال ماصار مستحقا لغيره وهو النسب فأما فيما وراء ذلك يجعل هو كالمقر بالحق لانه ليس فيه ابطال حق لاحد. قال حرة ولدت ولدين فى بطن واحد فكبرا واكتسبا مالا ثم مات أحدهما عن ابنين ثم ادعى رجل أنه تزوج المرأة وانهما ابناه منها وأقرت المرأة وحدها بذلك فانها لا تصدق على غيرها لان الولد الثانى كبير يعبر عن نفسه فلا يثبت نسبه من الغير بدعواه الا عند تصديقه وكذلك الميت منهما ابناه قائمان مقامه فلا يثبت نسبه بدعواه الا بتصديقهما ولم يوجد واقرار المرأة ليس بحجة على أحد منهم ولكنه حجة عليها فيشركها فى نصيبها من ميراث ابنها لانها زعمت أن الميت منهما خلف ابنين وأبوين فللابوين السدسان والباقى للابنين فقد أقرت بان حق الاب وحقها فى تركته سواء فيقسم مافى يدها بينهما نصفان وليس من ضرورة الشركة فى الميراث فى نصيب المقر ثبوت النسب فان المال يستحق باسباب وأصله فى أحد الاخوين اذا أقر باخ ثالث فان أقر الابن الثانى بذلك ثبت نسبهما جميعا منه لان نسب المقر قد ثبت بتصديقه ومن ضرورة ثبوت نسب الآخر فانهما توأم وان أقر ابن الميت بذلك وهو محتمل ثبت نسبهما منه لان ابن الميت قائم مقام الميت وهو في حياته لو صدق ثبت نسبهما منه فكذلك اذا صدقه من يخلفه . قال أمة ولدت غلاما فاقر المولى ان هذا الولد من زوج حر أو عبد معروف فان صدقه المقر له أو كان ميتا أو غائبا ثم ادعى المولى انه ابنه عتق بدعواه لاقراره بحريته ولا يثبت نسبه منه لانه ثابت من المقر له بحكم اقراره وعند التصديق غير مشكل وعند غيبته وهو موقوف على حقه فلا يملك أن يدعيه على نفسه وان كان المقر له حاضرا فكذبه ثم ادعاه المقر بعد ذلك لنفسه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يثبت نسبه منه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت نسبه منه لان اقرار المقر قد بطل بتكذيب

المقر له وبقي الولد محتاجا الى النسب فاذا ادعاه المولى في حال حاجته وليس فيه ابطال حق غيره يثبت منه (ألا ترى) أن المشترى للعبد اذا أقر بالولاء للبائع وكذبه البائع ثم ادعاه لنفسه ثبت الولاء منه والولاء بمنزلة النسب في أنه لا يحتمل الابطال بعد ثبوته ثم هناك بالتكذيب يبطل اقراره لغيره ويصير كأن لم يكن فكذلك هنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول في كلامه الاول اقرار بشيئين أحدهما ثبوت النسب من الغير والآخر خروجه من دعوى هذا النسب أصلا وبتكذيب المقر له انما يبطل ماهو من حقه فأما مالاحق له فيه لا يبطل الاقرار فيه بتكذيب وخروج المقر من دعوى هذا النسب ليس بحق للمقر له فيبقى الحال فيه بعد التكذيب على ما كان قبله والدليل عليه أن بتكذيبه لا يبطل الاقرار لان النسب مما لا يحتمل الابطال أصلا بل بقي موقوفا على حقه حتى لو ادعاه ثبت منه فلا يملك المولى دعواه لنفسه في حال توقفه على حق الغير كولد الملاعنة اذا ادعى غير الملاعن نسبه لا يثبت منه لانه يبقى موقوفا على حق الملاعن فيمنع ذلك صحة دعوة غيره وهذا بخلاف الولاء فانه أثر من أثر الملك وأصل الملك محتمل النقل من شخص الى شخص فكذلك أثره الا أنه انما لا يحتمل الابطال بعد تقرر سببه وهو العتق من واحد لعدم تصور ذلك السبب من غيره حتى لو تصور بأن كانت أمة فارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت فملكها رجل وأعتقها كان ولاؤها له دون الاول وهنا السبب كان موقوفا لم يتقرر للبائع ويحتمل تقرره من قبل المشترى بدعواه لنفسه فلهذا يثبت الولاء له بخلاف النسب ولو لم يقر المولي بشيء منه من ذلك ولكن أجنبي قال هذا الولد ابن المولى فأنكره المولى ثم اشتراه الاجنبي أو ورثه فادعى أنه ابنه عتق ولم يثبت نسبه منه في قول أبي حنيفة رحمه الله وهذا والاول سواء لان الاقرار بالنسب في حق المقر يعتبر فيما لا يتناول حق المقر مالكا كان أو أجنبيا وكذلك لو شهد شاهدين بنسب لغيره ثم ادعى لنفسه ثم لم يثبت نسبه في قول أبي حنيفة رحمه الله لما بينا أن بشهادته لغيره قد أخرج نسبه من ذلك النسب فلا يمكنه أن يدعيه لنفسه بعد ذلك. قال ولو شهدت امرأة على صبي انه ابن هذه المرأة ولم تقبل شهادتها بالنسب ثم ادعت الشاهدة أن الصبي ابنها وأقامت على ذلك شاهدين لم يقبل ذلك منها لانها بشهادتها قد أخرجت نفسها من دعوى نسب هذا الولد فان الولد لا يثبت نسبه من المرأة الا بانفصاله عنها وبعد ما زعمت أنه انفصل من المشهود لها لا يمكنها أن تدعى انفصاله منها والبينة على النسب بدون الدعوى لا تكون مقبولة ولو

كبر الصبي فادعى انه ابنها واقام علي ذلك شاهدين قضى القاضى بنسبه منها لان الابن يدعى ما هو من حقه فان نسبه وان كان ثابتا الى أبيه فاذا كان ثابت النسب من أمه يكون كريم الطرفين ولم يسبق منه ما يناقض ويمنعه من هذه الدعوى فوجب قبول بينته (ألا ترى) أن الام لو كانت جاحدة أصلا قبلت بينة الابن عليها فكذلك اذا كانت مناقضة فى قولها وكذلك لو ادعى رجل صبيا فى يد امرأة انه ابنه وهى تنكر فشهد له شاهد فلم يقبل القاضى شهادته ثم ان الشاهد ادعي الصبي انه ابنه وان المرأة امرأته وأقام البينة علي ذلك لم تقبل بينته لان بشهادته صار مخرجا نفسه من هذه الدعوى ولو ادعته المرأة عليه وأقامت البينة قبلت بينتها لانها تدعى ما هو من حقها فان فى ثبوت نسب ولدها من رجل دفع تهمة الزنا عنها حتى تكون محصنة ولم يسبق منها مايمنعها من هذه الدعوى فوجب قبول بينتها عليه .قال ولو ادعي رجلان صبيا فى يد امرأة كل واحد منهما يقول هو ابنى منها بنكاح وهى تنكر ثم ادعت المرأة علي آخر أنه تزوجها وهذا الصبي لها منه وشهد لها بذلك الرجلان المدعيان للصبي لم أقبل شهادتهما لانهما بالدعوى الاولى صار مناقضين فى هذه الشهادة وتأثير التناقض فى الشهادة أكثر منه فى الدعوى فاذا كان هذا النوع من التناقض يمنعه الدعوي فلان يمنعه من الشهادة كان أولي وكذلك صبي فى يد امرأة شهد رجل أنه ابن فلان ورد القاضى شهادته ثم شهد هو وآخر أنه ابن رجل آخر لم تقبل هذه الشهادة لكونه أحد الشاهدين متناقضا فيها . قال واذا أقر الرجل ان أمته حبلي من رجل قدمات ثم ادعى انه منه فولدت لاقل من ستة أشهر عتق لاقراره بحريته ولم يثبت نسبه منه لان تيقنا بوجوده فى بطن الام حين أقر بنسبه لغيره وثبوت النسب من وقت العلوق والاقرار به حال كونه موجودا فى البطن والاقرار به بعد الانفصال سواء فلا تسمع منه الدعوي لنفسه بعد الاقرار الاول وهذه هى الحيلة أن يشترى جارية حاملا اذا أراد أن يتحرز عن دعوى البائع بأمره بأن يقر أن الحبل بها من فلان الميت ثم يشتريها المشترى فاذا ادعاه البائع بعد ذلك لنفسه لا يسمع دعواه ولا يبطل ملك المشترى فيها ولا فى ولدها ولو أقر أن الحبل بها من زوج ثم مكث سنة ثم قال هى حامل منى فولدت لاقل من ستة أشهر من الاقرار الآخر فهو ابن المولى ثابت النسب منه لانه لم يسبق منه مايخرجه من دعوى نسبه الآخر فانه لم يكن موجودا فى البطن عند كلامه الاول انما هو من علوق حادث فان (قيل) هو مالك لام الولد وقد أقر أنها منكوحة

الغير وفراش النكاح للغير عليها يمنع المولى من دعوى نسبها (قلنا) ذلك الاقرار ليس بموجب لنكاح الغير عند العلوق بالثانى لان بقاء ما عرف ثبوته لعدم الدليل المزيل لا لوجود الدليل المنفى ودعواه نسب الولد الثانى تنصيص منه على كونها فراشا له حين علقت بالثانى فهذا دليل موجب لفراشه فلا يعارضه ما كان ثابتا لعدم الدليل المزيل حتى يكون دافعا له. قال رجل قال لامته الحامل ان كان حملها غلاما فهو منى وان كان جارية فهو من زوج زوجتها اياه أو قال ان كانت جارية فليست منى فولدت غلاما وجارية لاقل من ستة أشهر فهما ولداه لان كلامه يشتمل على شيئين أحدهما معتبر والآخر لغو فالمعتبر دعواه نسب ما فى بطنها واللغو التقسيم فيما بين الغلام والجارية نفيا واثباتا فان هذا رجم بالغيب ولا طريق له الى معرفته فاعتبر من كلامه ما أمكن اعتباره وقد تيقنا بوجودهما فى البطن حين ادعى نسب أحدهما وهما توأم فدعواه نسب أحدهما كدعواه نسبهما فلهذا قضى بانهما ولداه ولو أقر أنه زوج أمته رجلا غائبا وهو حي لم يمت ثم جاءت بولد بعد قوله لستة أشهر فادعاه المولى لم يصدق لان اقراره بالنكاح بزوج معروف اقرار صحيح فيثبت به نكاح الغائب فى حقه فدعواه بعد ذلك فى ابطال حق ذلك الغائب غير مسموع بخلاف ما تقدم من اقراره أنه من زوج لان ذلك اقرار بالنكاح للمجهول والاقرار للمجهول باطل وليس فى دعواه نسب ولد علق بعد ذلك ابطال حق ثابت لغيره فلهذا أثبتنا النسب منه. قال ولو أقر أنه ولد مكاتبه من زوج ثم ادعي هو نسبه لم يصدق عليه لان بالكلام الاول أخرج نفسه من دعوى نسب هذا الولد ولكن يعتق عليه لان ولد المكاتبة مكاتب مع أمه فكان مملوكا للمولى كالامة حتى يملك اعتاقه فكذلك يملك اقراره فيه بما يوجب الحرية ولا يضمن للمكاتبة شيئا لانه حصل بعض مقصودها فانها انما تسعى لتحصيل الحرية لنفسها ولأولادها وكذلك ولد المدبرة وأم الولد فيما ذكرنا وكذلك أمة بين رجلين ولدت فأقر كل واحد منهما انه ابن الآخر ثم ادعاه احدهما بعد ذلك لم يصدق على النسب لانه اقر بانه ابن لشريكه وذلك يخرجه من دعوى نسبه فلا تصح دعواه لنفسه بعد ذلك وقد عتق الولد بقول الاول منهما لاتفاقهما على حريته سواء كان ابنا لهذا او لذاك وصارت الام بمنزله ام الولد موقوفة لتصادقهما على ثبوت حق امية الولد لها ونفى كل واحد منهما ذلك عن نفسه فأيهما مات عتقت لان الحي منهما يزعم انها ام ولد للميت وقد عتقت بموته والميت كان مقرا بنفوذ اقرار الحى فيها لانها ام ولده ولهذا عتقت بموت احدهما. قال رجل

علقت جاريته فى ملكه فولدت فادعى الولد ابوه ثبت نسب الولد منه وصارت الجارية ام ولد له وعليه للمولى قيمة الولد للجارية لان الشرع اضاف مال الولد الى الاب بقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك واثبت له حق تملك المال على ولده عند الحاجة ولهذا كان له أن ينفق من ماله بالمعروف وحاجته الى النفقة لابقاء نفسه الى الاستيلاد لابقاء نسله فان بقاءه معني ببقاء نسله الا أن الحاجة الى ابقاء النفس أصلى فيثبت له ولاية صرف مال الولد الى حاجته من غير عوض وحاجته الى ابقاء نسله ليس من أصول الحوائج فلا يبطل حق الولد عن مالية الجارية فكان له أن يتملكها بضمان القيمة نظرا من الجانبين وروى عن بشر رحمه الله أنه قال آخر ما استقر عليه قول أبي يوسف رحمه الله ان الجارية لا تصير أم ولد للاب ولكن الولد حر بالقيمة بمنزلة ولد المغرور فيغرم الاب عقرها وقيمة ولدها لان حق ملك الاب في مال ولده لا يكون أقوى من حق ملك المولى فى كسب مكاتبه فانه يملك رقبة المكاتب ولا يملك رقبة ولده ثم لو ادعى ولد جارية مكاتبه لا تصير الجارية أم ولد له ولكن ان صدقه المكاتب فالولد حر بالقيمة فكذلك هنا الا ان هناك يحتاج الى تصديق المكاتب لان المولى محجر على نفسه عن التصرف فى كسب مكاتبه ودعوة النسب تصرف منه فلا ينفذ الا بتصديقه * ووجه ظاهر الروايه ان للمولى فى كسب المكاتب حق الملك وذلك كاف لثبات النسب فلا حاجة به الى تملك الجاريه واذا لم يتملكها لا تصير أم ولد له وليس للوالد فى مال ولده حق الملك بدليل انه يباح للابن أن يطأ جارية نفسه فلا يمكن اثبات النسب فيه الا بتقديم يملك الجارية فيه على الاستيلاد صيانة لمائه من الضياع واذا صار متملكا لها فانما استولد ملك نفسه فتصير أم ولد له فلهذا لا يلزمه قيمة الولد لانه علق حر الاصل ولا عقر عليه عندنا وقال زفر والشافعى رحمهما الله عليه العقر لان وطأه حصل في ملك الغير فلا يخلو عن ايجاب حد وعقر وقد سقط الحد لشبهة فيجب العقر كما لو وطئها فلم تحبل وهذا لان ملكه اياها أن يقدم على العلوق ولكن لا يضيع ماءه فيبقى أصل الوطء حاصلا فى ملك الغير (ألا ترى) انه يسقط به احصان الاب ولنا ان ملكه اياها مقدم على فعل الاستيلاد وأصل الوطء اذا اتصل به العلوق يكون استيلادا كالجرح اذا اتصل به ذهوق الروح يكون قتلا من الاصل فاذا تقدم ملكه اياها على فعل الاستيلاد كان واطئا ملك نفسه فلا يلزمه العقر غير أن تقديم هذا الملك ضرورة تصحيح الاستيلاد فلا يعد وموضع الضرورة ففي حكم الاحصان لا يظهر هذا الملك لانعدام الضرورة

فيه ولان المستوفي في حكم جزء من عينها وقد غرم بفعله جميع بدل نفسها ويسقط اعتبار بدل الجزء كمن قطع يد انسان خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء أما اذا اشتراها الابن حاملا فولدت بعد الشراء بيوم فادعاه أبوه لم يثبت النسب منه اذا أكذبه الابن لان ثبوت النسب من الاب بشرط تملكها على الابن من وقت العلوق وقد تعذر ايجاد هذا الشرط هنا لانها عند العلوق ما كانت في ملك الابن ولا كان للاب فيها ولاية النقل الى نفسه لحاجة ولان دعوته هنا دعوة التحرير فيقتصر على الحال ولا كان للاب فيها ولاية ويكون بمنزلة الاعتاق وليس للاب ولاية الاعتاق في مال ولده بخلاف الاولى فان دعوته دعوة الاستيلاد والى هذا أشار فقال لو جعلته ابنه لم أضمنه قيمة الام لتعذر تملكه عليه اياها من وقت العلوق وكل ولد لا يضمن الاب فيه قيمة الام فهو غير مصدق عليه الا أن يصدقه الابن فحينئذ يثبت النسب منه بمنزلة أجنبي آخر اذا ادعاه فصدقه المولى وهذا لان الحق لهما فما تصادقا عليه محتمل فيجعل كانه حق وكذلك ان باعها الابن قبل أن تلد ثم ولدت فادعاه أب البائع لم تصح دعوته لتعذر ايجاد شرطه وهو تملك الام عليه حين لم يكن فى ملك الولد وقت الدعوة وكذلك ان باعها بعد العلوق ثم اشتراها فولدت لان شرط صحة دعوته تملكها عليه مستند الى وقت العلوق وقد تعذر ذلك لما تخلل من زوال ملك الابن وكذلك المدبرة بحبل فى ملك مولاها وتلد فادعا الولد الاول أبوه لم يثبت نسبه منه لان ما هو الشرط وهو النقل الى ملك الاب بضمان القيمة متعذر فى المدبرة وكذلك أم الولد اذا ولدت ولدا فنفاه المولى فادعاه أبوه وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله فى المدبرة ان دعوة الاب صحيحة يثبت نسب الولد منه يضمن عقرها وقيمة الولد مدبرا وهذا على الاصل الذى ذكرنا لابي يوسف رحمه الله انه لا يملك الجارية ولكنه بمنزلة المغرور فى دعوى النسب وفى هذا القنة والمدبرة سواء الا أنه يضمن قيمته مدبرا لانه كما انفصل عن أمه انفصل مدبرا فانما يضمن قيمته على الوجه الذى أتلفه بدعوته وفرق على هذه الرواية بين ولد المدبرة وولد أم الولد فقال ولد أم الولد ثابت النسب من مولاها لماله عليها من الفراش فيمنع ذلك صحة دعوة الاب وان نفاه المولى كما فى ولد الملاعنة فأما ولد المدبرة غير ثابت النسب من مولاها فتصح دعوة أبيه فيه وكذلك ولد المكاتبة يدعيه أب مولاها فانه غير مصدق على ذلك لتعذر شرط صحة الدعوة وهو تملكها عليه بضمان القيمة فان ولدته وهى مكاتبة أو كاتبها بعد ما ولدت أو كاتب الولد لم تصح دعوة الاب

في الفصول كلها لان الولد هو المقصود وقد تقرر فيه من جهة الابن ما يمنع نقله الى الاب فلهذا لم تصح دعوته وان كانت الام بعد الولادة ثم ادعى الاب نسب الولد قال في هذا الموضع لا تصح دعوته وقال بعد هذا تصح دعوته ويثبت نسب الولد منه ولا يصدق في حق الام وما ذكر هنا قول محمد رحمه الله وما ذكر بعد هذا قول أبي يوسف رحمه الله نص على الخلاف في الجامع في البيع اذا باع الام بعد الولادة ثم ادعي أبوه نسب الولد يثبت نسبه في قول أبي يوسف ولم يثبت في قول محمد فكذلك اذا كاتبها * وجه قول محمد رحمه الله ان شرط صحة الدعوة بملكها عليه بضمان القيمة وقد تعذر ذلك حين كاتبها أو باعها فلم تصح دعوته كولد المدبرة وأم الولد * وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان الولد هو المقصود بالدعوة وقد ثبت الاب حق استلحاق نسبه بالدعوة قبل كتابة الام فلا يتعين بذلك كتابة الام بخلاف ولد المدبرة وأم الولد فان المانع هناك في الولد موازاته ما نحن فيه ان لو كاتبها جميعا قال وان ادعى ولد جارية ابنه والابن حر مسلم والاب عبد أو مكاتب أو كافر لم تصح دعوته لان شرط ثبوت النسب ولاية النقل فيها الى نفسه بضمان القيمة والرقيق والكافر لا ولاية له على ولده فلم تصح دعوته لتعذر اتحاد شرطه فلو كان الاب مسلما والابن كافرا صحت دعوته وطعن عيسى رحمه الله في هذا الحرف فقال كما ليس للكافر ولاية على ولده المسلم فليس للمسلم ولاية على ولده الكافر حتى لا يرث أحدهما صاحبه ولا يثبت له ولاية التزويج والتصرف في ماله في صغره فلا يتملكه بالاستيلاد والصحيح ما ذكر في بعض ظاهر الرواية والفرق من وجهين أحدهما ان التملك بالاستيلاد ابقاء أثر الولاية التي كانت ثابتة في حال الصغر فاذا كان الاب مسلما فلا يكون الابن مقرا على كفره الا بعد ان يكون اسلام الاب طارئا وقد كانت ولايته قبل اسلامه فيبقى أثره حق الملك بالاستيلاد فأما الابن اذا كان مسلما فهو مسلم أصلي باسلام أمه ولم يكن للكافر عليه ولاية قط فلا يبقى أثر ولايته في الاستيلاد ولان التملك بالاستيلاد لكرامة الاب فيثبت للمسلم على الكافر الولاية التي يرجع الى كرامة المسلم كولاية الشهادة ولا يثبت للكافر على المسلم مثل هذه الولاية فلهذا افترقا ولو كانا جميعا من أهل الذمة وملتهما مختلفة جازت دعوة الاب فيه لان لبعضهم على البعض ولاية مع اختلاف الملل . قال ولا تجوز دعوة الجد اذا كان الاب حيا لانه ليس له ولاية على النافلة ولا في ماله في حياة الاب فكان هو كسائر الاجانب فان كان الاب

ميتا فالجد فى الولاية قائم مقام الاب بعد وفاته لصحة دعوة النسب منه وان كان الجد من قبل الام لم تجز دعوته فى الوجهين جميعا لانه لا ولاية له على ولد ابنته ولا فى ماله فلايمكن ايجاد شرط الدعوة وهو تملك الجارية عليه بالاستيلاد وان كان قد وطء جاريته ثم ولدت فلم تدعه وادعاه أبوه جازت دعوته لان موطوءة الابن محتملة للنقل الى الاب بالعوض وان كانت لاتحل له فيتحقق فيها ماهو شرط الدعوة. قال واذا ادعى الاب نسب ولد جارية الابن فضمن قيمتها للابن ثم استحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها لان الاب هنا بمنزلة المغرور لانها مملوكة الابن ظاهراً وللاب حق الاستيلاد في ملك الابن فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه كان مغروراً فيغرم عقرها وقيمة ولدها ويرجع على الابن بما أدى اليه من قيمتها لانه تبين انه لم يملكها على أبيه وأنه استوفى القيمة منه بغير حق وكذلك لو وطء أمة مكاتبة فولدت وادعاه المولى وصدقه المكاتب ثم استحقها رجل قضى للمستحق عليه بالعقر وقيمة الولد لانه بمنزلة المغرور فان له فى كسب المكاتب حق ملك يكفى لصحة استيلاده وبالاستحقاق تبين أنه كان مغروراً فيغرم للمستحق عقرها وقيمة ولدها ويرجع على المكاتب بما غرم له من العقر وقيمة الولد لانه ما أتلف على المكاتب شيئا فلا يسلم للمكاتب شئ من قيمته والله أعلم بالصواب

باب الحميل والمملوك والكافر

(قال رضي الله عنه الاصل ان اقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة واقرار المرأة يصح من ثلاثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة ولايصح اقرارها بالولد) لان اقرار المرء على نفسه مقبول. قال الله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة وعلى الغير مردود للتهمة فالرجل بالاقرار مقر بالولد على نفسه لان الولد ينسب اليه والمرأة تقر على الغير وهو صاحب الفراش لان الولد ينسب اليه لا اليها فلم يصح اقرارها بالولد لهذا وفى الثلاثة هى مقرة على نفسها كالرجل فيصح الاقرار والاقرار بما سوى هذه الاربعة من القرابات كالاخوة والاعمام لايصح لانه يحمل نسبه على غيره فان ثبوت النسب بينهما لا يكون الا بواسطة وفى تلك الواسطة اقرار على الغير فلم يكن صحيحا والاصل فيه حديث عمر رضي الله عنه لايورث الحميل الا ببينة وأصل هذا ماوري عن الشعبي رحمه الله ان امرأة

سبيت ومعها صبي فاعتقا وكبر الصبي وا كتسب مالا ثم مات فقالوا للمرأة خذي ميراث ابنك فقالت ليس هو ابني ولكنه ابن دهقان القرية وكنت ظئراً له فكتب بذلك الى عمر رضي الله عنه فكتب أن لا يورث الحميل الا ببينة قال محمد رحمه الله الحميل عندنا كل نسب كان في أهل الحرب وليس هذا بشئ يختص بأهل الحرب فان الحميل من يحمل النسب على الغير فعيل بمعنى فاعل أو من يحمل نسبه على الغير فعيل بمعنى مفعول كالقتيل بمعنى مقتول الا أنه انما وضعه في أهل الحرب بناء على العادة لانه لايمكن اثبات انسابهم بالبينة في دار الاسلام وقل ما يتعذر ذلك فيما بين المسلمين فلهذا وضعه في أهل الحرب فقال اذا سبي صبيان فاعتقا وكبرا فاقر كل واحد منهما أن الآخر أخوه لابيه وأمه لم يصدقا في ذلك لانهما يحملان النسب على الاب فالاخوة بينهما لاتثبت الا بواسطة الاب والام لان الاخوة عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم وكذلك لو كان مع المسبي امرأة فاعتقت وادعت انه ابنها وصدقها في ذلك لم يصدقا بخلاف ماذا كان مع المسبي رجل فاعتق ثم ادعا أن الصبي ابنه يثبت نسبه منه لانه يقر بالنسب على نفسه ولان سبب ثبوت النسب من الرجل خفي لا يقف عليه غيره فمجرد قوله فيه مقبول وسبب ثبوت النسب من المرأة ولادة يطلع عليها غيرها فلا يقبل بمجرد قولها فان كان الصبي ممن يعبر عن نفسه أو كان بالغا لم يثبت النسب الا بتصديقه لان الاقرار يتوقف على تصديق المقر له اذا كان التصديق متأتيا ولانه من وجه يدعي عليه وجوب الانتساب اليه قال صلى الله عليه وسلم من انتسب الي غير أبيه أو انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لايقبل الله منه صرفا ولا عدلا فلا يثبت المدعى عليه الا بتصديقه وانما يثبت عند التصديق اذا كان محتملا في نفسه وان لم يكن الولد معروف النسب من غيره ثم اذا أقرت المرأة بولد وصدقها لم يثبت النسب ولكنهما يتوارثان ان لم يكن لهما وارث معروف لان المقر يعامل في حق نفسه كان ما أقر به حق وانما لا يصدق في حق الغير لتمكن التهمة فاذا كان هناك وارث معروف تمكن بينهما تهمة المواضعة على ابطال حق الوارث المعروف واذا لم يكن هناك وارث معروف لاتمكن تهمة المواضعة بينهما لان كل واحد منهما متمكن من انشاء سبب يجعل ماله لصاحبه كالوصية في عقد الموالاة فلا تمكن فيه التهمة وقد ينفصل حكم الميراث عن النسب ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لم يستحلف في النسب ويستحلف في المال المدعا به وهو الميراث فان شهدت لها امرأة

على ذلك وقد صدقها الولد ثبت نسبه منها لان شهادة القابلة تظهر النسب وهو الولادة فانه مما لا يطلع عليه الرجال ولكن يشترط تصديق الولد لانه اذا كان مكذبا لهما لم يثبت النسب الا بحجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست بحجة تامة وان لم يشهد لها امرأة وصدقها زوجها انه منه ثبت النسب منهما اما من الزوج باقراره فانه يقر على نفسه واذا ثبت منه ثبت منهما تبعا لان الفراش له عليها وهو سبب لثبوت النسب منهما وانما يحال النسب على هذا النسب الظاهر. قال واذا اشتري العبد المأذون أمه فوطئها فولدت فادعي ولدها ثبت نسبه منه لان كسب العبد مضاف اليه شرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبداً وله مال وهذه الاضافة تؤثر فى تصحيح الدعوة كما فى دعوة الاب ولد جارية ابنه ولان من العلماء من يقول كسب العبد مملوكا له لانه يملك التصرف فيه وملك التصرف باعتبار ملك محله ولان حق صاحبه فيه مقدم على حق المولى حتى يصرف الى دينه ولا يسلم للمولى مالم يفرغ من دينه فتصير هذا شبهة وأدنى الشبهة تكفي لتصحيح دعوة النسب وكذلك مولاه لو سبق بالدعوة ثبت النسب منه لانه مالك لكسب العبد حقيقة ان لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فهو يملك استخلاصها لنفسه بقضاء القاضي فيصير بدعوة النسب كانه استخلصها لنفسه . قال ولو زوج المولى هذه الامة من عبده صح النكاح كما لو زوجه أمة أخرى له وثبت النسب منه اذا ولدت وكذلك لو تزوجها بغير اذن المولى ثبت نسب الولد منه اذا أقر به لانه بدون شبهة النكاح يثبت النسب عند اقراره فعند شبهة النكاح أولي وكذلك لو تزوجها المولي فولدت لان النكاح لغو منه فيها فيثبت النسب عند اقراره بالولد كما لو لم يسبق النكاح وكذلك لو ادعى العبد ولد امرأة حرة بنكاح فاسد أوجائز لأن العبد من أهل أن يثبت النسب منه واقراره بالنسب لا يمس حق المولي وفيما لا يتناول حق المولى اقرار العبد به كاقرار الحر كما فى الاقرار بالقود والطلاق وفى كل شيء لا يصدق فيه الحر ما لم يملك الولد فكذلك العبد لا يصدق فيه ما لم يملك بعد عتقه فاذا ملكه بعد العتق عتق وثبت نسبه منه لان الاقرار بما لا يحتمل الابطال يبقى موقوفا على ظهور حكمه بملك المحل وعند ذلك يصير كالمجدد للاقرار فيثبت حكمه في حقه وكذلك العبد المديون اذا ادعى ولد أمة اشتراها يثبت النسب منه لانه كسبه وليس في اقراره ابطال حق الغرماء فانه متمكن من بيعها وبيع ولدها بعد ثبوت النسب وكذلك لو ادعي أن مولاها أحلها له وكذبه المولى لان لا معتبر باحلال

المولى فيما هو كسب العبد فعند تكذيب المولى تصير دعوى الاحلال كالمعدوم وبدونه يثبت النسب من العبد . قال وان ادعى ولدا من أمة لمولاه لم يكن من تجارته فادعى أن مولاه أحلها له أو زوجها اياه فان كذبه المولى فى ذلك لم يثبت النسب منه لانه لاحق له فى جارية المولى فهو فى هذه الدعوة كاجنبي آخر الا انه اذا أعتق فملكه يثبت النسب منه بمنزلة حر يدعيه ثم يملكه يثبت النسب منه فى دعوى النكاح قياسا واستحسانا وفي دعوى الاستحلال استحسانا وفى القياس دعوى الاستحلال ليس بشئ لان هذا المحل غير قابل للاحلال والاحلال ليس بعقد بل هو بمنزلة الرضا فكانه ادعى أنه زنا بها برضاء مولاها وبهذا لا يثبت النسب ولكنه استحسن فقال الاحلال من وجه كالنكاح فان ملك النكاح يسمى ملك الحل ولا يثبت له بالنكاح ملك عينها ومنافعها انما يحل له أن يطأها فكان الاحلال مورثا شبهة من هذا الوجه والنسب يثبت في موضع الشبهة فان صدق المولى عبده فى ذلك ثبت النسب منه الا أن فى دعوى النكاح يحتاج الى التصديق فى النكاح خاصة وفى دعوى الاحلال يحتاج الى التصديق فى شيئين فى انه أحلها له وانها ولدت منه لان الاحلال أضعف من المتعة والمتعة عقد والاحلال ليس بعقد فلضعفه قلنا لا يثبت النسب منه الا باقرار بهما وهذا لان العقد ثبت فى المحل فبعد ثبوته لايحتاج الي اقرار المولى بالولادة فأما الاحلال لايثبت فى المحل فلا يثبت النسب مالم ينضم اليه الاقرار بان الولد منه قال ودعوة المكاتب ولد أمته جائزة لان حقه فى كسبه أقوى من حق العبد المأذون فان للمكاتب حق الملك فى كسبه وينقلب ذلك حقيقة الملك بعتقه وليس للعبد المأذون مثله فاذا صحت الدعوة من المأذون فدعوة المكاتب أولى ولا يحتاج المكاتب الى تصديق المولى اياه بخلاف المولى اذا ادعاه فانه لا يثبت النسب منه الا بتصديق المكاتب وان كان لكل واحد منهما حق الملك لوجهين أحدهما أن المكاتب مستبد بملك التصرف فى كسبه والدعوى من باب التصرف وهو مما يحتاج اليه لصيانة مائه مستبد به والثانى أن المولى حجر على نفسه عن التصرف فى كسب المكاتب فلا تنفذ دعوته بسبب الحجر الذى الزمه نفسه ما لم يصدقه المكاتب ولم يوجد مثل ذلك الحجر في جانب المكاتب فيثبت النسب منه بالدعوة وان لم يصدقه المولى وكذلك لو ادعى ولدا من امرأة حرة بنكاح فاسد أو جائز وصدقته المرأة لانه فى دعوى النسب كالحر قال ولو ادعى ولد أمة رجل بنكاح أو ملك وكذبه الرجل لم يصدق المكاتب كالحر اذا

ادعاه فان عتق فملكه يوما ثبت نسبه منه وكان كالمجدد لاقراره حين ملكه . قال واذا باع المكاتب أمة فولدت لاقل من ستة أشهر فادعي الولد صحت دعوته لانه في حق استلحاق النسب كالحر واذا حصل العلوق في ملكه كان له حق الدعوة ويرد اليه الولد مع أهله لان استيلاده في كسبه يمنعه من بيع الام والولد فان الولد يدخل في كتابته تبعا له وثبوت حق الام بثبوت حق الولد فيمنع بيعهما فكان هو كالحر في هذا بخلاف العبد المأذون فان هناك بثبوت النسب الولد منه لا يمتنع بيع الام والولد عليه فكذلك لا يرد اليه الولد ولا أمه اذ ادعى نسبه. قال وان وطء المكاتب أمة ابنه وهو حر أو مكاتب بعقد على حدة لم يثبت النسب منه اذا كذبه الابن لان ثبوت دعوة الاب شرطه ولانه نقل الجارية الى نفسه بضمان القيمة وليس للمكاتب هذه الولاية فان ملكه يوما ثبت نسبه لان امتناع ثبوت النسب منه بدعوته لعدم ملك المحل وقد زال ذلك حين ملكه وان كانت الجارية لابن له ولد في مكاتبته أو اشتراه فولدت فادعاه المكاتب جازت دعوته وصارت الام أم ولد له ولم يضمن مهرا ولا قيمة لان كسب المولود في كتابته ومن يكاتب عليه بشرائه بمنزلة كسبه (ألا ترى) أنه يتمكن من أخذ ذلك كل ليستعين به على أداء المكاتبة وكانت هذه الامة في حقه بمنزلة أمته فلهذا ثبت النسب منه ولم يضمن عقرا ولا قيمة. قال رجل اذا ادعا ولد جارية مكاتب له لم يصدق الا بتصديق المكاتب لانه بعقد الكتابة جعل نفسه في التصرف في كسبه بمنزلة الاجنبي والدعوة من باب التصرف فان صدقه المكاتب ثبت النسب وكان حرا بالقيمة استحسانا وفي القياس هو عبد للمكاتب لان المولى في هذه الدعوة كالاجنبي لانه لو اشترى ابن مولاه وهو معروف لم يمتنع عليه بيعه فكذلك اذا ادعى نسب ولد جاريته ولكنه استحسن فقال المولى بمنزلة المغرور لان له في كسب مكاتبه حق الملك وحق الملك من وجه بمنزلة حقيقة الملك فكانت بمنزلة الثابت للمغرور في الجارية المستحقة ولا ولد هناك يكون حرا بالقيمة نظرا من الجانبين فهذا مثله قال ولو ادعى الحر ولد مكاتبته وكذبته فهو ابنه لان رقبة المكاتب مملوكة لمولاها فكذلك ولدها يكون مملوكا له ودعوته في ملك نفسه دعوة صحيحة بخلاف ولد أمه المكاتب فان المولي غير مالك للامة ولا لولدها (ألا ترى) أن عتقه هناك لا ينفذ فيها ولا في ولدها وهنا ينفذ عتقه فيها وفي ولدها ولان الامة مع ولدها موقوفة على أن يتم الملك فيهما للمكاتب بالعتق فلا ينفرد المولي بابطال ذلك على المكاتب

بالدعوة فأما ولد المكاتبة ليس بموقوف على أن يتم الملك فيه للمكاتبة وليس فى تصحيح دعوته ابطال حق المكاتب بل فيه تحصيل بعض مقصودها فلهذا ثبت النسب وعتق الولد ولا ضمان على المولى فى ذلك . قال ولو ادعى ولد ومكاتبه لم تصح دعوته الا بتصديق المكاتبة لانها أبعد من المولى من أمة المكاتب فان سبب بعدها عن المولى عقد الكتابة وفى أمة المكاتب للعبد سبب واحد فى مكاتبة المكاتب بعدها من المولى بسببين فاذا لم تصح دعوته فى أمة المكاتب الا بالتصديق ففى مكاتبة المكاتب أولى غير أن التصديق يكون الى المكاتبة دون المكاتب الاعلى لان المكاتبة صارت أحق بنفسها وولدها والمكاتب حجر على نفسه عن التصرف فيها وفى ولدها فلهذا كان التصديق اليها دون المكاتب. قال وان ادعى ولد أمة مكاتب مكاتبة وكذبه مولاها وصدقه المكاتب الا على لم يصدق لان الحق فى هذه الامة وولدها للمكاتب الاسفل والمكاتب الا على منها كالاجنبي (ألا ترى) أنه لو كان هو المدعى للولد لم تصح دعوته الا بتصديق الاسفل فكذلك اذا كان المدعى هو المولى لم تصح الا بتصديق الاسفل فان عجز الاسفل صارت الامة للمكاتب الاعلى فيعمل تصديقه الآن لان المولى مدع لولد أمته وقد صدقته فى ذلك فيثبت النسب منه ويكون حراً بالقيمة وان صدقه المكاتب الاسفل ثبت النسب ولا يأخذه المولى بالقيمة لان معنى الغرور لا يتمكن هنا فانه غير مالك لرقبة الامة ولا لرقبة مولاها بخلاف أمة مكاتبه فان هناك يملك رقبة مولاها والكسب يملك الاصل فيتمكن الغرور بملكه رقبة مولاها وهنا لا يتمكن الغرور ولان أسباب بعدها عن المولى هنا قد كبرت وكان هو منها بمنزلة الاجنبي وفى أمة المكاتب سبب البعد واحد فبقيت الشبهه المثبتة لحكم الغرور وهو نظير ما قيل فى ابن الاخ مع ابن العم فان قرابة ابن الاخ قرابة قريبة لان البعد بسبب الشعب فى ابن الاخ من جانب واحد وفى ابن العم التشعب من الجانبين فنزل كل واحد منهما من صاحبه بمنزلة الاجنبي ولو ادعى ولد مكاتبته ولها زوج لم يصدق على النسب صدقها زوجها أو كذبه لان النسب قد ثبت من الزوج بالفراش الثابت له عليها وملك الرقبة غير معتبر فى اثبات النسب مع فراش النكاح ولكن الولد يعتق باقراره لان ولد المكاتبة مثل أمه فانه داخل فى كتابتها لو أعتقه المولى نفذ عتقه فيه فكذلك اذا ادعى نسبه كان اقرارا منه بالحرية وان لم يثبت النسب لثبوته من الزوج ويستوى ان كان الزوج حراً أو مكاتبا للمولى أو عبدا له لان فراش النكاح مثبت للنسب

من هؤلاء بصفة واحدة . قال أمة بين رجلين علقت فباع أحدهما نصيبه من صاحبه ثم وضعت لاقل من ستة أشهر فادعاه المشترى ثبت نسبه وبطل البيع لان دعوته دعوة استيلاد فيستند الى وقت العلوق ويثبت لها حق أمية الولد من ذلك الوقت فتبين انه اشترى أم ولده من غيره وكذلك يثبت للولد حقيقة الحرية من ذلك الوقت فيتبين انه اشتراها من صاحبها وفى بطنها ولد حر فكان الشراء باطلا والثمن منه ثم يغرم له نصف قيمتها ونصف عقرها لان الشراء صار كان لم يكن وأحد الشريكين اذا استولد الجارية المشتركة تملك على صاحبه نصيبه لان أمية الولد لا يحتمل بالتجزى فان سببه نسب الولد وهو غير متجزى فصار متملكا نصيب شريكه من حين علقت بنصف القيمة لان تملك مال الغير عليه لا يكون مجانا وضمان التملك لا يختلف باليسار والاعسار ويغرم نصف عقرها أيضا لانه حين وطئها كان النصف مملوكا للشريك فيلزمه ضمان نصف العقر له وهو بخلاف ما تقدم فى الاب يدعى نسب جارية ابنه لانه ليس للاب فى جارية ابنه مما يمكن تصحيح الاستيلاد باعتباره فلا بد من تقديم الملك على الاستيلاد واذا قدمناه صار وطؤه فى ملك نفسه فلا يجب العقر وهنا المستولد ملك نصفها عند الاستيلاد وذلك كاف لتصحيح الاستيلاد فلا يقدم الملك فى نصيب شريكه له على الاستيلاد فيبقى وطؤه حاصلا فى ملك الشريك وحقيقة المعنى أن يملك الاب رقبة الجارية هناك شرط الاستيلاد وشرط الشئ يسبقه وهنا يملك نصيب شريكه بحكم الاستيلاد لان أمية الولد لا يحتمل التجزى وحكم الشى يعقبه ولا يقترن به وكذلك لو كان البائع هو الذى ادعاه لان قيام الملك له فى نصفها عند العلوق كقيام الملك فى جميعها في حق استلحاق النسب به فلا يبطل ذلك بالبيع ولكن البيع يبطل بدعوته فصار كان لم يكن فهو يدعى نسب ولد جارية مشتركة بينهما وقد بينا الحكم فيها فيه . قال أمة بين مسلمين أو بين مسلم وذمى كاتب احدهما نصيبه ثم جاءت بولدها فادعاه الآخر ثبت نسبه منه لانه مالك لنصيبه منها بعد كتابة الشريك وقد عرف الجواب فى الكتابة من أحد الشريكين انها تتجزى عند أبى حنيفة رحمه الله سواء كان باذن الشريك وبغير اذنه ولا تتجزى عندهما سواء كان باذن الشريك أو بغير اذنه الا أنه اذا كان بغير اذنه فله حق النقض لانه يتضرر به فى الثانى وهو عند الاداء وعقد الكتابة محتمل للفسخ فاذا تصرف أحد الشريكين تصرفا يحتمل النقض وفيه ضرر علي شريكه كان له أن ينقضه لدفع الضرر عن نفسه وان لم ينقضه حتي اتصل بها الاداء

عتقت لوجود شرط العتق ولا يتمكن الشريك من الفسخ بعد ذلك لان العتق لا يحتمل الفسخ بعد الوقوع اذا عرفنا هذا فنقول نصيب المدعي منها يصير أم ولد له فأما نصيب المكاتب لا يصير أم ولد له في قول أبي حنيفة رحمه الله ما بقيت الكتابة وعندهما الكل صار أم ولد المستولد وأصل في مكاتبة بين شريكين استولدها احدهما عند أبي حنيفة رحمه الله يقتصر الاستيلاد على نصيبه لان المكاتبة لا تحتمل النقل من ملك الى ملك وأثبات أمية الولد في نصيب الشريك غير ممكن الا بالنقل اليه فاذا تعذر ذلك لا تثبت أمية الولد في نصيب الشريك كالمدبرة بين اثنين استولدها أحدهما يقتصر الاستيلاد على نصيبه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يصير الكل أم ولد للمستولد لان التملك بالاستيلاد حكمي والمكاتب محلا له (ألا ترى) أن مكاتب المكاتب ينقل الى المولي عند الاداء حتى يكون ولاؤه للمولى اذا أدي قبل أداء المكاتب الاعلي وكذلك المرتد اذا عاد من دار الحرب مسلما وقد كاتب الوارث عبدا له يعاد ذلك العبد اليه مكاتبا ولان الكتابة محتملة للفسخ فيفسخ في نصيب الشريك لضرورة الحاجة الى تحليل الاستيلاد لان ابقاءها لحقها وفي هذا توفير الحق عليها بخلاف التدبير فانه غير محتمل للفسخ فلهذا صار الكل أم ولد للمستولد عندهما اذا عرفنا هذا فنقول فيما نحن فيه اذا كاتب الكتابة باذن المستولد فان شأت عجزت نفسها فكانت أم ولد لمدعي الولد لان بالعجز انفسخت الكتابة فزال المانع من تملك المستولد نصيب شريكه وان شاءت مضت على الكتابة فاذا أدت عتق نصيب الذى كاتب منها ومن ولدها لانه يلقيها جهة حرية أحدهما عاجل بعوض والآخر آجل بغير عوض فكان لها أن تختار أي الجهتين شاءت فاذا عتقت عتق نصيب المستولد أيضا من الجارية والولد ولا يسعى له في شئ لان نصيبه منها أم ولد له ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله ان رق أم الولد لا يتقوم وانها لا تسعى لمولاها عند العتق في شئ كما قال في أم ولد بين شريكين أعتقها أحدهما فان كانت الكتابة بغير اذنه ينقضها القاضي لما بينا أنها غير لازم في حق الشريك فاذا نقضها صارت أم ولد للمستولد لانه يملك نصيب شريكه منها بسبب الاستيلاد عند زوال المانع وان لم ينقضها حتى أدت عتق نصيب المكاتب منها ومن ولدها لوجود الشرط وهو الاداء ويعتق نصيب المستولد منها أيضا ولا يسعى له في شئ لما بينا في الفصل الاول واقدام الشريك الآخر على الاستيلاد لا يكون نقضا منه لكتابة شريكه وان كان له حق النقض لانه لا منافاة بينهما فكل واحد

منهما تصرف من التصرف فى نصيب نفسه فلا يكون تعرضا منه لنصيب شريكه • قال أمة بين مسلم وذمى علقت ثم أسلم الذمى ثم ادعيا الولد معا فهو ابنهما كما لو كانا مسلمين فى الاصل لان ترجيح دعوة المسلم لما فيه من اسلام الولد فيكون ذلك عند الدعوة والشريك عند ذلك مسلم فدعوته توجب اسلام الولد وان لم يكن مسلما وقت العلوق كدعوة شريكه فلما استويا من كل وجه ثبت نسب الولد منهما وصارت الجارية أم ولد لهما وان كانت بين مسلمين علقت ثم ارتد أحدهما ثم ادعيا الولد فهو ابن المسلم لان المرتد كافر ودعوة الكافر لا تعارض دعوة المسلم ولان الدعوة تصرف وتصرف المسلم فى ملكه أنفذ من تصرف المرتد (ألا ترى) ان اعتاق المرتد نصيبه يتوقف عند أبى حنيفة رحمه الله فلهذا دعوة المسلم ترجح • قال ولو كانت بين مسلم وذمى فارتد المسلم ثم ادعيا الولد فهو ابن المرتد لانه أقرب الى أحكام الاسلام من الذمى (ألا ترى) انه يجبر على الاسلام غير مقر على ما يعتقده وأن تصرفه فى الخمر والخنزير لا ينفذ بخلاف الذمى فلقربه من الاسلام جعل فى حكم الدعوة كالمسلم فتترجح دعوته على دعوة الذمى ولان ترجيح دعوة المسلم لما فيه من ثبوت حكم الاسلام للولد وهذا موجود فى دعوة المرتد فالدعوة من التصرفات التى لا توقف من المرتد فانها لا تستدعى حقيقة الملك وتوقف تصرفه لتوقف ملكه فاذا كان هو في الدعوة كالمسلم ترجح على الذمى فصارت الجارية أم ولد له لان الاستيلاد ينبنى على ثبوت نسب الولد وقد ثبت ذلك بدعوته ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه ويضمن الذمى ايضا له نصف العقر لاقراره بوطئها فصار نصف العقر بنصف العقر قصاصا. قال أمة بين رجلين ولدت فادعياه جميعا وقد ملك أحدهما نصيبه منذ شهر والآخر منذ ستة أشهر أو أكثر فالدعوة دعوة المالك الاول لان دعوته دعوة استيلاد فيستند الى حالة العلوق ودعوة الآخر دعوة الاعتاق لان أصل العلوق لم يكن فى ملكه فتكون دعوة الاستيلاد سابقة معنى ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها لانه قد يملك نصيب صاحبه بدعوة الاستيلاد ولم يتبين أنه لمن يغرم قالوا وانما يغرم ذلك للبائع لا لشريكه المشتري لان دعوته استندت الى حالة العلوق والملك فيها في ذلك الوقت كان للبائع فانما يصير متملكا عليه فيضمن له نصف قيمتها ونصف عقرها ويرجع المشترى على البائع بالثمن لبطلان البيع فيما اشترى وان لم يعلم صاحب الملك الاول فهو ابنهما والجارية أم ولد لهما لانهما استويا فى الدعوة فكان العلوق حاصلا فى ملكهما ولا عقر على واحد منهما

اما لصاحبه فغير مشكل لانا نتيقن بان الوطء من كل واحد منهما حصل في ملك شريكه واما لغيره فلان وجوب العقر على من كان ملكه فيها ثابتا وقت العلوق لبائع شريكه ومن وجب عليه العقر منهما مجهول والمال لا يجب على المجهول قال أمة لذمي باع نصفها من مسلم ثم ولدت لاقل من ستة أشهر فادعياه فهو ابن الذمي ويبطل البيع لان بيعه نصفها لا يكون أعلى من بيعه جميعها وهو أولى بالدعوة بعد بيع الجميع لتيقننا بحصول العلوق في ملكه فبعد بيع النصف أولى .قال أمة بين رجل وامرأة صغيرة أو كبيرة فولدت فادعاه الرجل وأب المرأة فان النسب يثبت من صاحب الرقبة لانه يملك نصفها حقيقة وأب المرأة ليس له فيها حقيقة ملك ولا حق ملك انما له مجرد التأويل والتأويل لا يعارض حقيقة الملك ولان صحة دعوة أبي المرأة باعتبار تملك نصيب ولده عليها من وقت العلوق وذلك متعذر لثبوت أمية الولد من الشريك فيها من وقت العلوق ودعوة الشريك دعوة صحيحة من غير شرط تقديم الملك فكان هو أولى .قال أمة بين رجلين ولدت ولدا ميتا فادعاه أحدهما فهو ابنه وهي أم ولد له لان ثبوت النسب من وقت العلوق وفي هذا المنفصل ميتا والمنفصل حيا سواء والولد الميت كالحي في أن الجارية تصير أم ولد كما لو كانت لرجل واحد فكذلك لو أسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه ولمثله حكم الولد (ألا ترى)أن العدة تنقضي به والمرأة تصير به نفساء فكذلك الجارية تصير به أم ولد. قال ولو كانت جارية بين رجل وابنه فولدت فادعياه فهو ابن الاب استحسانا وفي القياس يثبت النسب منهما لان كل واحد منهما يملك نصفها حقيقة وصحة الدعوة هنا باعتبار ملك الرقبة وقد استويا في ذلك والحق غير معتبر في معارضة الحقيقة كما لو كانت الجارية كلها للابن فادعيا الولد كان دعوة الابن أولى من دعوة الاب وجه الاستحسان في ذلك ان جانب الاب يترجح لان له في نصفها حقيقة الملك وفي النصف الآخر حق التملك علي ولده بالاستيلاد وليس للابن في نصيب الاب ملك ولا حق ملك ولا تأويل ملك فكان جانب الاب أرجح والترجيح عند المعارضة يحصل بما لا يكون عليه الاثبات ابتداء كالاخوين أحدهما لاب وأم والآخر لاب ترجح الاخ لاب وأم في العصوبة بقرابة الام وهي ليست بعلة الاستحقاق للعصوبة فاذا صحت دعوة الاب وصارت أم ولد له ضمن نصف قيمتها ونصف عقرها بخلاف ما اذا كان الكل للابن لما بينا أن تملك الاب نصيب الابن هنا حكم الاستيلاد لا شرطه فان قيام الملك له في النصف كاف لصحة الاستيلاد فلهذا غرم

نصف عقرها وضمن الابن نصف العقر لابنه أيضا لاقراره بوطئها فكان نصف العقر بنصف العقر قصاصا والجد أب الاب بعد موت الاب فى هذا بمنزلة الاب فأما الاخ والعم والاجنبي فهم كلهم سواء لانه ليس للبعض هنا تأويل الملك فى مال البعض ولا حق التملك بالاستيلاد . قال واذا كان أحد الابوين مسلما فالولد الصغير مسلم هكذا روى عن عمر رضي الله عنه وشريح وابراهيم رحمهما الله وكان المعنى فيه أن اعتبار جانبه يوجب اسلام الولد واعتبار جانب الذمى يوجب كفره فيترجح موجب الاسلام توفيرا لمنفعة الولد وعملا بقوله صلي الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلا عليه قال وان كانت الامة بين رجلين ولدت فادعياه فهو ابنهما فان ولدت بعد ذلك آخر لم يثبت نسبه منهما ولا من احدهما الا بالدعوة لان قيام الشركة بينهما فى رقبتها تمنع الفراش المثبت للنسب لهما أو لاحدهما عليها فان ثبوت نسب ولد أم الولد من مولاها لتحسين الظن بها حتى لا تكون مقدمة علي التمكن من فعل حرام وهذا غير موجود هنا فان وطئها غير مملوك لواحد من الشريكين فلهذا لا يثبت النسب منهما ولا من أحدهما الا أن يدعيه أحدهما فحينئذ يثبت النسب منه بالدعوة لقيام الملك فى نصفها ونصف ولدها ويغرم لشريكه نصف عقرها ولا يغرم من قيمة الولد شيئا فى قول أبى حنيفه رحمه الله وفى قولهما يغرم لشريكه نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعي الولد للشريك فى نصف قيمته وهذا لان ولد أم الولد بمنزلة أمه فدعوة احدهما الولد كاعتاقه ولو أعتق الام أحد الشريكين لم يضمن لشريكه شيئا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن ان كان موسرا ويسعى له ان كان معسرا فكذلك في الولد لما صار المدعى نسبه كالمعتق له جارية بين مسلم وذمى ولدت فادعياه فهو ابن المسلم عندنا وقال زفر رحمه الله هو ابنهما ولكن يكون مسلما لان صحة دعواهما باعتبار الملك وهما فى الملك يستويان فكذلك فيما ينبنى عليه الا أن الولد يكون مسلما لان تبعية أحد الوالدين يوجب اسلامه فيحكم باسلامه وان كان النسب ثابتا منهما كالمولود بين كافر ومسلم * وحجتنا فى ذلك أن دعوة المسلم أنفع للولد لانه يثبت له النسب والاسلام وعند تعارض الدعوة يترجح أحد الجانبين لمنفعة الولد كما لو كان في أحد الجانبين حرية الولد يترجح به فكذلك هنا . قال واذا التقط الرجل لقيطا فادعاه عبد انه ابنه من زوجته هذه الامة وصدقه المولى وقال هو عبدى ثبت النسب منهما وكان عبدا للمولى عند أبى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله يثبت النسب منهما وكان حرا أما ثبوت النسب

بدعواهما استحسانا وفي القياس لا يثبت لان اليد ثابت للملتقط فرما بمجرد الدعوى يريدان ابطال اليد الثابت له فلا يصدقان على ذلك وفى الاستحسان قال اعتبار يد الملتقط لمنفعة الولد حتى يكون محفوظا عنده لا لحق الملتقط وفي اثبات النسب ممن ادعا توفير المنفعة على الولد وقد بينا أن العبد فى دعوة النسب كالحر فلهذا ثبت النسب من العبد والامة بالدعوة فأما حجة محمد رحمه الله ان اللقيط حر باعتبار الدار وفى اثبات نسبه من المملوكين توفير المنفعة على الولد وفى اثبات الرق اضرار بالولد وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت الرق فبقي على ما كان من الحرية فسقط اعتبار قولهما فيما يضر بالولد كما لو ادعاه ذمي وقد وجد فى مصر من امصار المسلمين يثبت النسب منه بالدعوة ويكون مسلما دفعا للضرر عن الولد وتوفير للمنفعة عليه في ثبوت نسبه وحجة أبي يوسف رحمه الله انه لما حكمنا بثبوت النسب منهما فقد حكمنا بأنه مخلوق من ماء رقيقين والمخلوق من ماء رقيقين لا يكون حراً لان الولد من الاصلين فاذا كانا رقيقين وليس هنا سبب يمكن الحكم بحرية الولد بذلك السبب ولا وجه لاثبات الحكم بدون السبب يكون الولد رقيقا يقرره ان ولد الامة مملوك لمولاها لانه جزء من أجزائها الا اذا تمكن هنالك غرور في جانب الفحل وهو حر فحينئذ يبقى صفة الحرية لمائه ولا غرور هنا فكان الولد رقيقا وفى الحقيقة هذه المسئلة نظير ما ذكرنا فى كتاب النكاح العبد اذا صار مغروراً بأمة فولدت يكون الولد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله ونظير ما فى كتاب الاقرار مجهولة الحال اذا أقرت بالرق ثم ولدت لا كثر من ستة أشهر بعد اقرارهما كان الولد رقيقا عند أبي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله. قال فان ادعى اللقيط رجلان كل واحد منهما يدعي انه ابنه ووصف احدهما علامات في جسده ولم يصف الآخر شيئا جعلته ابن صاحب الصفة لان الترجيح عند تعارض الدعوة تقع بالعلامة كما اذا وقع الاختلاف بين الزوجين فى متاع البيت ولان اصابة العلامة دليل سبق يده اليه ودليل كونه ابنا له لان الانسان أعرف بعلامات ولده من غيره وهو نظير مدعى اللقطة اذا أصاب فى العلامات يوم المتقط فيما بينه وبين ربه بالدفع اليه ولو أصاب فى بعض العلامات وأخطأ فى البعض فهذا ومالم يذكر شيئا من العلامة سواء لان اعتبار ما أصاب يدل على صدقه واعتبار ما أخطأ يدل على كذبه فاذا وقع التعارض بينهما صار كانه لم يذكر من العلامات شيئا واذا لم يصف واحد منهما من العلامات فهو ابنهما لاستوائهما فى

الدعوى ولو قال أحدهما هو غلام من صفة جسده كذا وقال الآخر هي جارية من صفة جسدها كذا فأيهما أصاب ذلك فهو أحق به لظهور علامة الصدق فى كلامه وظهور دليل الكذب في كلام خصمه ولو ادعاه واحد وقال هو غلام فاذا هى جارية لم يصدق على ذلك لظهور دليل الكذب فى دعواه ولو كان سبب قضاء الشهادة لم يقض بها مع ظهور دليل الكذب فكذلك اذا كان سبب القضاء الدعوى لا يقضى بها مع ظهور دليل الكذب ولانه يدعى نسب الغلام وليس هنا غلام حاضر ودعوة المعدوم باطل . قال فان كان اللقيط فى يد مسلم وادعاه ذمى فالقياس لا يثبت النسب منه وهذا غير القياس الاول فى دعوة اللقيط لانا قد حكمنا باسلام الولد هنا باعتبار الدار ولا قول للذمى فى دعوة نسب الولد المسلم ولكنه استحسن فقال فى دعواه شيئان أحدهما ثبوت نسب الولد وفيه منفعة والآخر كفر الولد وفيه ضرر عليه فتصح دعوته فيما ينفع الولد دون مايضره اذ ليس من ضرورة النسب تبعة الابوين فى الدين كالصغير اذا سبي وليس معه واحد من أبويه يكون ثابت النسب من الحربى بيقين محكوم باسلامه ثم المسئلة على أربعة أوجه اما أن يكون الملتقط مسلما وقد وجد فى مصر من امصار المسلمين فيكون محكوما له بالاسلام أو وجده ذمى فى بيعة أو كنيسة أو قرية من قرى أهل الذمة فيكون كافراً فأما اذا وجده مسلم فى بيعة أو كنيسة أو وجده ذمى فى مسجد من مساجد المسلمين قال فى كتاب اللقيط العبرة للمكان وقال فى كتاب الدعوي العبرة للواحد وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه يحكم لذي اللقيط وسماه وجه رواية كتاب اللقيط ان المكان اليه أسبق من يد الواحد والحكم للسابق لان الظاهر أن أهل الذمة يضعون أولادهم في مساجد المسلمين وان المسلمين لا يضعون أولادهم في البيع والكنائس والحكم بالظاهر واجب عند تعذر الوقوف على الحقيقة * ووجه رواية هذا الكتاب ان اللقيط فى حكم المباح فمن سبقت يده اليه صار محرزاً له وكان الحكم ليده اذ ليس للمكان يد معتبرة (ألا ترى) ان المباح يملك بالاحراز باليد دون المكان * ووجه رواية ابن سماعة رحمه الله ان الحكم بالزى والسيما واجب كالبالغ الذى يوجد فى دار اذا قال أنا مسلم فان كان عليه سيما المسلمين قبل قوله والاصل فيه قوله تعالى يعرف المجرمون بسيماهم وتفسير هذه الرواية ذكره ابن سماعة رحمه الله أنه اذا كان فى عنقه صليب وعليه ثوب ديباج ووسط رأسه محرز فالظاهر انه من اولاد النصارى فلا يحكم له باسلامه يقول فى الكتاب. فان كان في يد مسلم فدعاه ذمى وأقام

شاهدين ذميين فانى استحسن ان أجعله ابنه وأجعله مسلما واذا وجد فى بيعة أو كنيسة وهذه الرواية وهو قوله واجعله مسلما ذكره في رواية أبي سليمان رحمه الله ولم يذكر فى رواية أبي حفص رحمه الله والحاكم رحمه الله فى المختصر صحح رواية أبي حفص رحمه الله وقال الحاكم باسلامه عند مجرد الدعوى فأما مع اقامة البينة فلا يحكم باسلامه ولكن ماذكره فى نسخ أبي سليمان رحمه الله وقال هو الاصح لانا اذا حكمنا باسلامه علي هذه الرواية باعتبار التبعية للواحد وشهادة أهل الذمة ليست بحجة على الواحد ولا على من حكم باسلامه تبعا للواحد فكان وجوده كعدمه فلهذا جعلناه مسلما وان أثبتنا نسبه من الذمى. قال واذا وجدته في مصر من امصار المسلمين جعلته حرا مسلما ولا أقبل شهادة أهل الذمة عليه يريد به فى حق الدين فاما فى حق النسب فهو ثابت من الذمي كما بينا وان أقام رجل البينة أنه ابنه واقام آخر البينة انه عبده قضيت به للذى يدعى أنه ابنه لان فى بينته اثبات نسبه وحريته وفى بينة الآخر اثبات رقه فتترجح بينة الحرية لمنفعة الصبي فان أقام أحدهما البينة انه ابنه من امرأته هذه الحرة وأقام آخر البينة أنه ابنه من هذه الامة قضيت به انه ابن الحر والحرة لان المولود من الامة بالنكاح يكون رقيقا فتترجح بينة المثبت للحرية ولو أقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امرأته الحرة ووقت كل واحد منهما وقتا فان عرف أن الصبي على احدهما فهو لصاحب ذلك الوقت لظهور علامة الصدق فى شهوده باعتبار سن الصبي وان لم يعرف أنه على أى الوقتين فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يقضى به لاسبق الوقتين لانه لما تعذر الوقوف على سن الصغير ليعرف به الصادق من الكاذب بقيت العبرة للتاريخ فصاحب أسبق التاريخين يثبت النسب منه في وقت لا ينازعه الآخر فيه وبعد ماثبت النسب منه لا يمكن اثباته من غيره وعلي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقضى به بينهما لان كل واحد منهما يثبت النسب منه من وقت العلوق والنسب لايسبق وقت العلوق فلا فائدة في اعتبار سبق التاريخ بعد ذلك وصار كأن الشهود لم يوقتوا شيئا فيقضى به للرجلين هكذا ذكر هذا الخلاف في رواية أبي سليمان رحمه الله وفى رواية أبي حفص رحمه الله قال جعلته ابنهما فى قولهم جميعا وانما أشار الى الخلاف في كونه ابن المرأتين وقد بيناه فيما سبق. قال وان أقام أحدهما البينة انه ابنه وادعي الآخر انها ابنته وأقام البينة على ذلك فاذن اللقيط خنثى فان كان يبول من مبال الرجال حكم بانه ابن فيثبت نسبه من أثبت بنوته وان كان يبول من مبال النساء يثبت

النسب من الآخر وان كان يبول منهما فالعبرة لاسبقهما خروجا وان كان يخرج منهما جميعا معا فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله العبرة لاكثرهما وعند أبي حنيفة رحمه الله لاعبرة لكثرة البول وقلته فيكون ثبوت النسب منهما لانه لا يترجح جانب أحدهما على صاحبه باصابة العلامة فاستويا قال فان ادعى اللقيط مسلم وذمي وأقام البينة قضيت به للمسلم لان في بينته اثبات اسلام الولد وهو منفعة في حقه وكذلك ان كان شهود المسلم من أهل الذمة وشهود الذمي مسلمين لان بينة كل واحد منهما حجة على صاحبه فيترجح ما كان موجبا اسلام الولد. قال واذا ارتد أحد الزوجين والعياذ بالله فان الولد يلزم الزوج الى سنتين لان الفرقة وقعت بردة احدهما بعد الدخول وهو موجب للعدة عليها فاذا جاءت بولد في مدة يتوهم أن العلوق حصل في حال النكاح يثبت النسب منه كما لو وقعت الفرقة بالطلاق وكذلك لو لحق بدار الحرب مرتدا لان المرأة لما بقيت في دارنا فهي مؤاخذة باحكام الاسلام فعليها العدة الا أن نسب ولدها لا يثبت من الزوج عند أبي حنيفة رحمه الله بشهادة القابلة مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان لان المقصود هو الميراث ولا يثبت الميراث بشهادة المرأة الواحدة وعندهما شهادة القابلة كافية وأصله في مسئلة كتاب الطلاق اذا لم يكن هناك حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا اقرار من الزوج بالحبل لا يثبت النسب عند أبي حنيفة رحمه الله الا بشهادة شاهدين وعندهما يثبت بشهادة امرأة واحدة وكذلك ان حلف المرتد اللاحق بدار الحرب بأنها أم ولد هنا فان لحوقه بدار الحرب موت حكمي تعتق به أم الولد عند قضاء القاضي ويجب عليها العدة والجواب فيه وفي ولد المنكوحة سواء ولو كانت هي المرتدة اللاحقة بدار الحرب لم يلزم الزوج الا أن يأتي به لاقل من ستة أشهر منذ يوم ارتدت لان العدة لم تجب عليها فلا يثبت النسب الا عند التيقن بحصول العلوق في حالة النكاح كالمطلقة قبل الدخول وهذا لانها صارت حربية فلا تؤاخذ باحكام المسلمين وكما لا يكون للمسلم على الحربية عصمة النكاح فكذلك لا يكون له عليها عصمة العدة . قال ولو أسلمت امرأة الحربي قد خلت دار الاسلام لم يلزم الحربي ولدها الا بأن يأتي به لاقل من ستة أشهر في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه الى سنتين وهي فرع مسئلة النكاح ان المهاجرة لاعدة عليها عنده وعندهما يلزمها العدة وان سبيت المرتدة وهي حامل فولدت لاقل من ستة اشهر منذ سبيت يثبت نسبه من الزوج المسلم لتيقننا بحصول العلوق قبل السبي والتقدير

لستة اشهر لان السبي كما يبطل عصمة النكاح يبطل العدة والولد رقيق مع المرأة وان كان مسلما تبعا لابيه لانه مادام فى البطن فهو جزء منها وهى صارت رقيقة بجميع أجزائها بالسبي فكذلك الولد الذى فى بطنها عندنا . قال واذا تزوج المرتد مسلمة أو تزوجت المرتدة مسلما فولدت منه يثبت نسبه منهما لان النكاح الفاسد اذا اتصل به الدخول فهو بمنزلة الصحيح فى اثبات النسب أو أقوى ويرثهما هذا الولد بمنزلة المولود قبل الردة لانه مسلم تبعا للمسلم منهما والمرتد يرثه وارثه المسلم وهذا لان ابتداء سبب التوريث وان كان هو الردة فتمامه يكون بالموت فيجعل الحادث بعد انعقاد السبب لاتمامه كالموجود عند ابتداء السبب اعتبارا بولد المبيعة قبل القبض يجعل كالمولود عند ابتداء العقد فى انقسام الثمن عليه. قال واذا تزوج المرتد كتابية فولدت لا يرث الولد واحدا منهما لان هذا الولد غير محكوم باسلامه فان واحدا من أبويه ليس بمسلم وكونه في يد الابوين يمنع ثبوت تبعية الدار فى حقه كالصغير اذا سبي مع أحد الابوين والمرتد انما يرثه وارثه المسلم والكتابية لا يرثها المرتد وهذا الولد بمنزلة المرتد لانه أقرب الى حكم الاسلام فيجعل الولد تبعا له وكذلك ان ولدت أمة المرتد منه وهى مرتدة أو كتابية لان النسب وان ثبت منه بالدعوة لم يثبت حكم الاسلام لهذا الولد وان كانت الامة مسلمة ورث الولد أباه لانه مسلم تبع لها. قال رجل مات وترك امرأة وأم ولد له فأقرت الورثة ان كل واحدة منهما قد ولدت هذا الغلام من الميت أثبت نسبه بعد أن تكون الورثة ابنته أو اخوته أو ابنا وابنتين لانهم لو شهدوا بهذا النسب فى حالة الحياة عليه كانت شهادتهم حجة تامة فاذا أقروا به بعد الموت يكون قولهم أيضا حجة تامة فى اثبات النسب الا أن فى حالة الحياة هناك خصم جاحد فلابد من لفظة الشهادة وليس بعد الموت خصم جاحد فلا حاجة الى لفظة الشهادة ولان فى حالة الحياة كلامه الزام للغير والملزوم للغير شرعا الشهادة فلا بد من لفظ الشهادة فيه فأما بعد الموت كلامه الزام للغير من وجه والتزام من وجه لانه يشاركهم فى الميراث المستحق لهم وما أخذ شبها من أصلين توفر حظه عليهما فلشبهه بالالزام شرطنا العدد فيه حتى لا يثبت النسب باقرار الوارث الواحد ولشبهه بالالتزام أسقطنا اعتبار لفظة الشهادة . قال واذا تزوج المجوسي أمه أو ابنته أو أخته فولدت له ولدا فهو ابنه ادعاه أو نفاه لان هذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة عند أبى حنيفة رحمه الله ولهذا لا يسقط به الاحصان عنده وعندهما هو فاسد والنكاح الفاسد والصحيح يثبت النسب بهما

ثم لا ينتفى الا باللعان ولا لعان بينهما لان الكافرة غير محصنة وكذلك العبد يتزوج الامة أو المسلم يتزوج المجوسية فان النسب يثبت لهذا النكاح مع فساده لان مجرد الشبهة يكفى لاثبات النسب ثم لا ينتفى الا باللعان ولا لعان بينهما هنا قال واذا أسلم الزوجان الكافران وأعتق المملوكة ثم جاءت بولد فنفاه الزوج يلاعنها لانه قذفها وهى محصنة وهما من أهل الشهادة فى الحال فيجرى اللعان بينهما فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ عتقا أو أسلما لزم الولد أباه لانا تيقنا بحصول العلوق فى حال لم يكونا من أهل اللعان فلزمه النسب على وجه لا ينتفى بالنفى ثم لا يتغير ذلك بصيرورتهما من أهل اللعان وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لزم الولد أمه لتوهم ان العلوق حصل بعد صيرورتها من أهل اللعان فان (قيل) فكذلك يتوهم حصول العلوق قبل العتق والاسلام لان الولد قد يبقى فى البطن الى سنتين (قلنا) نعم ولكن قطع النسب باللعان في موضع الاشتباه والاشتباه يمنع قطع النسب وهذا لان سبب قطع النسب هو اللعان وقد تحقق فما لم يظهر المانع وجب العمل به ولان الحل قائم بينهما ومتى كان الحل قائما يستند العلوق الى أقرب الاوقات وان كان للمسلم امرأة كتابية فولدت فنفاه فهو ابنه ولا حد عليه ولا لعان لانها غير محصنة ونسب الولد قد يثبت بالنكاح فلا ينقطع بدون اللعان . قال وان أسلمت المرأة والزوج كافر ثم بقى ولده فعليه الحد لانها محصنة وقد قذفها بالزنا ولا لعان بينهما لانه ليس من أهل الشهادة فتى تعذر جريان اللعان بينهما من جهة الزوج يلزم الحد ولا يقطع النسب عنه لتقرر سببه وهو العلوق وان أسلما جميعا ثم طلقها ثم تزوجها ثم جاءت بولد فنفاه فنقول هذه المسئلة تشتمل على فصلين أحدهما حكم اثبات النسب والآخر حكم النفى اما حكم اثبات النسب فهو على ثلاثة أوجه ان جاءت به لاكثر من ستة أشهر منذ تزوجها أخيرا ثبت النسب منه بحصول العلوق فى النكاح الثانى وان نفاه لاعنها ولزم الولد أمه لكونهما من أهل اللعان عند العلوق وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها أخيرا أو لاقل من سنتين منذ أبانها ثبت النسب منه لتوهم ان العلوق كان قبل الطلاق فان نفاه لاعنها ولزم الولد أباه لان حصول البينونة بعد العلوق يمنع قطع النسب باللعان وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر منذ تزوجها اخيرا ولسنتين فصاعدا منذ طلقها لم يثبت النسب منه لان حصول العلوق كان بعد الطلاق قبل النكاح الثانى ويصح النكاح الثانى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وهى

فرع مسئلة الجامع الصغيران الحبل من الزنا لايمنع من النكاح عندهما ويمنع عندأبي يوسف رحمه الله وكذلك أم الولد اذا اعتقها مولاها ثم تزوجها قبل الاقرار بانقضاء العدة فهو على الاوجه الثلاثة كما بيناه . قال ولو ولدت امرأة الرجل غلاما وأمته غلاما ثم ماتتا فقال احدهما ابنى لم يثبت نسب واحد منهما لان النسب في المجهول لايمكن اثباته والمقصود هو الشرف بالانتساب وذلك لايحصل فى المجهول ولانه صادق فى مقالته فان احدهما ابنه وهو ولد المنكوحة فاذا لم يكن معينا لم يثبت نسب واحد منهما بعينه ويعتقان ويسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته لان احدهما حر وعند الاشتباه ليس احدهما باولى من الآخر فيعتق كل واحد منهما نصفه ومعنى قوله أن احدهما حر أن ولد المنكوحة حر فأما ولد الامة لايعتق الا اذا ادعاه بعينه ولم يوجد وكذلك رجل له عبدان فقال احدهما ابنى أو قال هذا ابنى أو هذا لم يثبت نسب واحد منهما للجهاله ولكن لا يعتق احدهما بغير عينه لان دعوة النسب اقرار بالحرية والاقرار بالعتق للمجهول صحيح فيسع العتق فيهما عند فوت البيان بالموت والله أعلم

﴿ باب نفى الولد من زوجة مملوكة وغيرها ﴾

(قال رحمه الله رجل تحته أمة فاعتقت ثم جاءت بولد لستة أشهر بعد العتق فنفاه فلم يلاعنها حتى اختارت نفسها فالولد لازم له ولاحد عليه ولا لعان) لان نسب الولد قد ثبت منه بالفراش فلا ينتفى الا باللعان وباختيارها نفسها بالعتق ثابت منه فلا يجرى اللعان بينهما بعد البينونة كما لو أبان امرأته بعد ماقذفها لان المقصود باللعان قطع النكاح الذى هو سبب المنازعة بينهما وقد انقطع ولاحد عليه لان قذفه اياه كان موجبا للعان بكونهما من أهل اللعان حين قذفها فلا يكون موجبا للحد لانهما لايجتمعان بقذف واحد. قال رجل اشتري امرأته وهى أمة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فنفاه فهو لازم له لانا تيقنا أن العلوق بهذا الولد حصل من فراش النكاح فلزمه نسبه على وجه لاينتفى بنفيه وصار ارتفاع النكاح بينهما بالشراء كارتفاعه بالطلاق قبل الدخول وهناك اذا جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر لزمه نسبه فكذلك هنا وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا فله أن ينفيه وهذا بمنزلة أم الولد له أن ينفيه مالم يقر به ثم قال بعد هذا باسطر لا يثبت نسبه منه الا أن يقر به فوجهه ما قال بعد هذا أن

النكاح بالشراء ارتفع لا الى عدة لان العدة حق من حقوق النكاح فكما ينافى ملك اليمين
أصل النكاح فكذلك ينافى حقوقه فكان هذا نظير الفرقة بالطلاق قبل الدخول وقد
جاءت بالولد من مدة يتوهم أن الولد من علوق حادث فلا يثبت نسبه منه وفى الكتاب
علل فقال لانها أمة يحل فرجها بالملك وحل فرجها بملك اليمين مع حق النكاح لا يجتمعان
فيتبين أنه لاعدة عليها وصار كانه لم يدخل بها فى فراش النكاح ونسب ولد الامة لا يثبت
من المولى الا بالدعوة * ووجه هذه الرواية انها كانت فراشا له وملك اليمين لا ينافى
الفراش فبقى بعد الشراء من الفراش بقدر ما يجامع ملك اليمين لان الارتفاع بالمنافى فبقدر
المنافى يرتفع وملك اليمين انما ينافي الفراش الملزم المثبت للنسب فان أم الولد مملوكة وللمولى
عليها فراش مثبت للنسب الا أن ينفيه فيبقى ذلك القدر هنا له. قال فان أعتقها بعد ما اشتراها
وقد كان دخل بها فجاءت بولد لزمه ما بينه وبين سنتين من يوم شتراها وان نفاه فعليه الحد
وهذا قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله وفى قول أبى يوسف الآخر رحمه
الله ان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ اشتراها فكذلك الجواب وان جاءت به لاكثر
من ستة أشهر لم يلزم الا أن يدعيه فان ادعاه لزمه وان كذبته المرأة أما وجوب الحد عليه
فلانه قذفها وهى فى الحال محصنة ثم وجه قول محمد رحمه ان يقول بان النكاح ارتفع بالشراء
بعد الدخول فيكون موجبا العدة الا ان هذه العدة لا تظهر فى حقه لانها تحل له بالملك
وهى ظاهرة فى حق الغير حتى لو أراد ان يزوجها من غيره لم يجز فاذا اعتقها زال المانع من
ظهور العدة فى حقه وظهرت العدة فى حقه ايضا والمعتدة اذا لم تقر بانقضاء العدة حتى جاءت
بالولد لاقل من سنتين يثبت النسب ولانا قد بينا ان قدر الفراش الذى يثبت للمولى على ام
ولده باق بعد الشراء وبالعتق زال هذا الفراش وزوال الفراش بالعتق يوجب العدة كما فى حق
أم الولد فكان ينبغى على هذا الطريق انها اذ جاءت بالولد لاقل من سنتين منذ اعتقها انه
يثبت النسب كما فى ام الولد ولكن هذا الفراش اثر الدخول الحاصل فى النكاح لا فى
الملك فاعتبرنا مدة السنتين من وقت انقطاع النكاح بالفراش * ووجه قول ابى يوسف
الاخر رحمه الله ان النكاح ارتفع بالشراء لا الى عدة لما بينا أن ملك اليمين ينافي حقوق
النكاح (الا ترى) أن قبل العتق لو جاءت بالولد لاكثر من ستة أشهر لا يلزمه نسبه فبعد

العتق كذلك لا يلزمه لانها بالعتق ازدادت بعدا منه ولهذا لو ادعاه ثبت نسبه منه وان كذبته المرأة لان هذا القدر كان ثابتا قبل العتق فيبقى بعده ودعواه بقاء الفراش بعد الشراء ليس بقوى لانه لابد للفراش من سبب وملك اليمين بدون الدخول فيه لا يوجب الفراش وكذلك بعد الدخول مالم يدع نسب الولد وفراش النكاح من حقوقه فلا يبقى بعد الشراء وان كان لم يدخل بها فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر بعد الشراء فهو ابنه لتيقننا بحصول العلوق فى النكاح وان نفاه فعليه الحد لانها محصنة بعد العتق وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر لم يلزمه نسبه لجواز أن يكون من علوق حادث بعد ارتفاع النكاح وهذا والطلاق قبل الدخول سواء وان نفاه فلا حد عليه لانه صادق فى ذلك ولان في حجرها ولدا لا يعرف له والد فلا تكون محصنة ولو لم يعتقها حين اشتراها ولكنه باعها وقد كان دخل بها فى النكاح فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه الولد وبطل البيع لانا تيقنا بحصول العلوق فى النكاح وانها صارت أم ولد له حين اشتراها لان فى بطنها ولدا ثابت النسب منه فانما باع أم ولد وبيع أم الولد باطل وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر منذ اشتراها ولاقل من ستة أشهر منذ باعها فان ادعاه ثبت نسبه منه وبطل البيع أيضا لانه لو لم يسبق النكاح كان هذا الحكم ثابتا بدعوته فعند سبق النكاح أولى وان جاءت به لاقل من سنتين منذ اشتراها ولا كثر من ستة أشهر منذ باعها فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وفى قول أبى يوسف الآخر لا يثبت النسب منه ولا يبطل البيع وهذا بناء على الفصل الاول فان زوال ملكه بالبيع عنها كزواله بالعتق وقد بينا هناك أن عند أبى يوسف لا يثبت النسب اذا جاءت به لا كثر من ستة أشهر فهنا كذلك الا أن هناك لم يثبت فيها حق لغيره فاذا ادعى ثبت النسب منه وهنا قد ثبت فيها حق لغيره وهو المشترى الثاني فلا يثبت النسب منه وان ادعاه لان في ثبوته ابطالا للبيع وقوله غير مقبول فى ابطال البيع وعلى قول محمد رحمه الله هناك حكم ثبوت النسب منه يبقى الى سنتين وان زال الملك بالعتق لظهور العدة في حقه على ما بينا فكذلك هنا يبقى حكم ثبوت النسب منه وان زال الملك بالبيع واذا ثبت النسب منه انتقض البيع ضرورة لانه تبين أنه باع أم ولده الا أن محمدا رحمه الله هنا يشترط الدعوة منه لان اقدامه على البيع دليل النفى والقدر الباقى من الفراش بعد الشراء مثبت للنسب على وجه ينتفى بالنفى فلا بد من الدعوى بعد ذلك ليبطل به دليل حكم النفى بخلاف العتق فانه

ليس لدليل النفي وان كان المشتري الآخر قد أعتق الولد ثم ادعاه المشترى الاول فان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ اشتراها الاول بطل بيع المشترى وعتقه لتيقننا بانه باع أم ولده وان الولد كان حرا قبل بيعه وان جاءت لستة أشهر فصاعدا بعد الشراء الاول لم تصح دعوة الشراء الاول لما بعد عتق المشترى الآخر فيه فقد بينا أن عتق المشترى الولد يمنع صحة دعوة البائع وان لم يكن أعتق الولد ولكنه أعتق أمة فقد بينا أن اعتاق الام لا يمنع صحة دعوة البائع فى الولد فكان هذا وما لم يعتقها سواء في حق الولد علي ما بينا من الخلاف. قال واذا أعتق أم ولده ثم تزوجها فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فان نفاه لاعن ولزم الولد أمه لانها انما جاءت به من علوق بعد النكاح فان الحل قائم بينهما فيستند العلوق الى أقرب الاوقات وهما من أهل اللعان فى الحال فيقطع النسب عنه باللعان وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها لاعن ولزم الولد أباه أما اللعان فانهما من أهل اللعان فى الحال وأما النسب فلانا تيقنا أن العلوق حصل قبل النكاح فلا يمكن قطع النسب باللعان وتأويل هذه المسئلة اذا كان لاقل من سنتين منذ عتقها حتى يثبت النسب من المولى باعتبار زوال الفراش الى عدة. قال رجل أعتق أمة ولها زوج حر فجاءت بولد بعد العتق لستة أشهر فنفاه الزوج لاعن ولزم الولد أمه وان جاءت به لاقل من ستة أشهر لاعن ولزم الولد أباه لانهما لم يكونا من أهل اللعان حين علق وولاء الولد لمولي الام فى الوجهين جميعا أما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر فلانه لا نسب له فهو لمولى الام وان جاءت به لاقل من ستة أشهر فلانه كان مقصودا بالعتق لانا حكمنا بوجوده في البطن حين أعتقت. قال رجل طلق امرأته تطليقة بائنة وهى أمة ثم أعتقت بالولد فان جاءت بالولد الي سنتين من وقت الطلاق فالنسب ثابت من الزوج لا ينتفي بنفيه ويضرب الحد لانه قذفها وهى محصنة ونسب الولد ثابت لتوهم حصول العلوق بالنكاح فانها لم تقر بانقضاء العدة وولاء الولد لموالي الام لانا حكمنا بوجوده في البطن فى حين أعتقت فصار الولد مقصودا بالعتق ولو مات الاب فجاءت بالولد مابينها وبين سنتين وقد أعتقت بعده بيوم فالولد ثابت النسب وولاؤه لموالى الام اذ لا فرق بين ارتفاع النكاح بالموت وبين ارتفاعه بالطلاق البائن فانه يعقب العدة فى الوجهين جميعا. قال واذا اشترى امرأة وقد ولدت فأعتقها وتزوجها ثم جاءت بولد لستة أشهر منذ تزوجها فنفاه لاعن ولزم الولد أمه وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها أخيرا أو لاكثر من ستة أشهر منذ

اشتراها فنفاه لاعن ولزم الولد أباه لانها بالشراء صارت أم ولد له وبالعتق صارت محصنة فاذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من النكاح الآخر عرفنا أن العلوق كان سابقا على هذا النكاح فلا ينقطع السبب باللعان ولكن يجرى اللعان بينهما لكونها محصنة فى الحال ولو لم يتزوجها لزمه الولد ما بينها و بين سنتين من وقت العتق لانها معتدة فان نفاه ضرب الحد لانه قذفها وهي محصنة. قال وان كانت هذه الامة كتابية فحكم النسب على ما بينا ولكن لاحد عليه بالنفي لانها غير محصنة وان صدقته ان الولد ليس منه لم يصدقا على الولد لان النسب من حق الولد فانه يتصرف به فلا يصدقان على ابطال حقه. قال رجل مات عن أم ولده فجاءت بولد ما بينها و بين سنتين فنفاه الورثة لم يثبت النسب فى قول أبى حنيفة رحمه الله من الميت ولم يرث بشهادة القابلة مالم يشهد به شاهدان لانه ليس هنا حبل ظاهر ولا فراش قائم الا أن يكون المولى قد أقر بأنها حبلى منه فحينئذ يثبت النسب بشهادة القابلة وان أقر به الورثة واقرارهم كاقرار الميت لانهم خلفاؤه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت النسب فى جميع ذلك بشهادة القابلة وقد بينا هذا الخلاف في المنكوحة بعد موت الزوج فكذلك فى أم الولد فان كان المولى كافراً فشهادة الكتابية فى ذلك مقبولة وان كان مسلما لم تقبل الا شهادة مسلمة لان هذه الشهادة تقوم على حق المسلم فان النسب يلزمه فيراعى فيه شهادة شرائطه

باب من دعوة البائع أيضا وغيره

قال رحمه الله رجل اشترى أمة وولدها أو اشتراها وهى حامل ثم باعها ثم اشتراها من ذلك الرجل أو من غيره فادعى ولدها فالدعوة جائزة اذا كان الولد يوم يدعى فى ملكه) لانه ادعى نسب مملوكه فى حال حياته الى النسب فيثبت النسب منه ولا ينفسخ شئ من البيوع والعقد الذى جرى فيه وفي أمه لان أصل العلوق لم يكن فى ملكه فكانت دعوته دعوة التحرير بمنزلة الاعتاق فلو أعتقه لم يبطل به شئ من العقود المتقدمة فكذلك هنا وان كان أصل الحبل عنده بطلت العقود كلها لان دعوته دعوة استيلاد فيستند الى وقت العلوق فيتبين به ان البيوع والاشرية كانت في أم ولده فكانت باطلة. قال رجل اشترى عبدين توأمين ولدا فى ملك غيره فباع أحدهما ثم ادعى نسبهما ثبت نسبهما منه ولان أحدهما فى ملكه فيصح دعوة النسب فيه ومن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر

لانهما توأم ولكن لا ينقض البيع في الآخر لان دعوة التحرير بمنزلة الاعتاق وأحدهما ينفصل عن الآخر في العتق وكذلك لو ادعاهما المشتري ثبت نسبهما منه لقيام ملكه في المشتري وقت الدعوة والذي عند البائع يبقى مملوكا له كما كان قال ولو اشترى رجل عبداً واشترى أبوه أخ ذلك العبد وهما توأم فادعى أحدهما الذي في يديه ثبت نسبهما منه لان احدهما في ملكه فصحت دعوته فيه وبثبوت نسب احدهما ثبت نسب الآخر ضرورة ويعتق الذي في يد الآخر ان كان الاب هو المدعي فلأن الابن ملك أخاه وان كان الابن هو المدعي فلان الاب ملك ابن ابنه فيعتق عليه بالقرابة ولا ضمان لواحد منهما على صاحبه لان عتقه كان بسبب مقصود عليه غير ممتد الى صاحبه. قال ولو اشترى جارية على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام فولدت عنده في الثلاثة ولداً فادعاه المشتري صحت دعوته لانه صار أحق بها حق ينفذ عتقه فيها وفي ولدها فكذلك يثبت نسب الولد منه بالدعوة ويسقط خياره لان الولد قد عتق وصارت أم ولد له فتعذر ردها بحكم الخيار فلهذا سقط خياره كما لو أعتقها ولو كان الخيار للبائع فادعي المشتري الولد فالبائع على خياره لانها باقية على ملكه في مدة خياره فان أجاز البيع أثبت النسب من المشتري كما لو جدد الدعوة بعد الاجازة فانقض البائع البيع بطلت دعوة المشتري لانه لم يملكها ولا ولدها ودعوة التحرير بمنزلة الاعتاق فان (قيل) أليس انه لو أعتقها المشتري ثم أجاز البيع لم ينفذ عتقه فلما ذى لا يجعل دعوة التحرير مثله (قلنا) ذاك انشاء العتق فاذا بطل لعدم تمام السبب في المحل لا ينفذ باعتبار ملك يحدث وهذا اقرار بالعتق فيتوقف على وجود الملك في المحل كمن اقر بحرية عبد انسان ثم أخذ الرجل من الرجل أمتين على انه بالخيار يأخذ أيتهما شاء بألف درهم فولدتا عنده وأقر بأنهما منه فاقراره صحيح في احدهما وهو الذي تناوله البيع منهما لان خيار المشتري لا يمنع صحة دعوته ولكن بالبيع تناول احدهما بغير عينها ويتبين باختيار المشتري فيؤمر بالبيان بعد هذا الا أنه قبل الاستيلاد كان متمكنا من ردها والآن لا يملك رد المشتراة لثبوت أمية الولد فيها فان لم يتبين أيتهما أولي حتى مات فالبيان الى الورثة لانهم قائمون مقامه وعليهم بمن مات اصاب أم ولد للمشتري من تركته فكان بيانها اليهم فان قالوا لا ندري أيتهما كان عتق نصف كل واحدة منهما ونصف ولدهما وتسعى كل واحدة منهما ومن ولدهما في نصف القيمة للبائع لانه ليس لاحدهما ثبوت الحرية فيه ولا احدى الأمتين لثبوت أمية الولد فيها باولى من

الأخرى فيسعى فيهما ويجب على الورثة نصف ثمن كل واحد منهما من التركة وان اختلفت الورثة في الأول منهما فالقول قول الأول منهم لان كل واحد وارث قائم مقام مورثه لتمام علة الخلافة له فالذى قال منهم أولا هذه التى كانت استولدها المشتري أولا تعينت للاستيلاد ووجب قيمتها في التركة وتعينت الاخرى للرد وترد هى وولدها الى البائع واستدل فيه بحديث قروة بن عمير قال زوج أبي عبدا له يقال له كيسان أمة له فولدت فادعاه ثم مات أبي فكتب الى عثمان رضي الله عنه أن يوافى بابى الموسم فكتب اليه أن أبى قدمات فكتب أن ابعثوا بابنه الى فذهب به اليه فقال ما تقول ابن كيسان فقالت قد ادعاه أبى فان كان صدق فقد صدق وان كان كذب فقد كذب فقال لو قلت غيرها لاوجعتك وأعتقه بالدعوة وجعله ابن العبد بالفراش فيما يعلم أبو يوسف رحمه الله وانما أورد هذا الحديث ليبين أن اقرار أحد الورثة بدعوة الاب كاقرار الاب به فكذلك تعيين أحد الورثة كتعيين المورث بنفسه قال مكاتب اشترى عبدا فادعاه المولى لم تجز دعوته فيه لان دعوة التحرير كالاعتاق والمولى لا يملك اعتاق كسبه فلا تصح دعوته وكذلك لو اشترى الابن عبدا لم تجز دعوة الاب فيه لهذا قال زوج أمته عبده بشهود فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فهو ابن الزوج لانها أتت به على فراشه وان نفاه لم ينتف عنه لان النسب متى يثبت بفراش النكاح لا ينقطع الا باللعان ولا لعان بين المماليك ولو جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت نسبه من الزوج لانا تيقنا أن العلوق سبق فراش النكاح لان دعوة المولى استندت الى حال العلوق فتبين أنه تزوجها وفى بطنها ولد ثابت النسب من المولى وكان النكاح باطلا ولو كان زوجها من عبد غيره باذن مولاه أو من حر فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فادعاه المولى صدقه الزوج أو كذبه فهو ابن الزوج لانها علقت فى فراشه ولكنه يعتق على المولى باقراره أنه ابنه وان لم يثبت النسب وتكون أمه بمنزلة أم ولد له لانه أقر لها بحق الحرية كما أقر للولد بحقيقة الحرية ولو زوجها ثم باعها ثم جاءت بالولد لستة أشهر بعد النكاح ولاقل من ستة أشهر بعد البيع فادعاه البائع أو المشترى لم يصدقا على ذلك لثبوت النسب من صاحب الفراش ولم يبطل البيع لان دعوة النسب اذا لم تعمل في اثبات النسب كان بمنزلة الاقرار بالعتق واقرار البائع بالعتق بعد البيع غير مقبول في ابطال البيع. قال ولو تزوجت أمته بغير اذنه ثم ولدت لستة أشهر فادعاه الزوج والمولى لان النكاح الفاسد عند اتصال الدخول

فى حكم النسب كالنكاح الصحيح فكما ان هناك يثبت النسب من الزوج دون المولى فكذلك هنا (ألا ترى) أن النسب يثبت بفراش النكاح على وجه لا ينتفى بمجرد النفى فاسدا كان النكاح أوجائزا بخلاف ملك اليمين ولكنه يعتق بدعوة المولى لانه صار مقرا بحريته وكذلك أم ولد رجل تزوجت بغير اذنه ودخل بها الزوج فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فادعياه او نفياه أو نفاه أحدهما وادعاه الآخر فهو ابن الزوج على كل حال لان فراش النكاح وان كان فاسدا فهو أقوى من فراش الملك على ما بينا وكذلك لو تزوج أمة ابنه بغير اذنه فولدت فادعاه الزوج والمولى فهو ابن الزوج لماله عليها من فراش النكاح وهو أقوى من اثبات النسب من فراش الملك والله أعلم

باب دعوة احدي الاماء

(قال رحمه الله قال أمة لها ثلاثة اولاد ولدتهم فى بطون مختلفة وليس لهم نسب معروف فقال المولى فى صحته احد هؤلاء ابنى ثم مات قبل ان يثبت نسب واحد منهم) لان المدعى نسبه مجهول و نسب المجهول لا يمكن اثباته من احد انما يثبت فى المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط ليكون منقطعا بخطر البيان والنسب لا يحتمل التعليق بالشرط فلا يثبت بالمجهول والجارية تعتق لانها اقر لها بامية الولد وهو معلوم وام الولد تعتق بموت مولاها من جميع المال وتعتق من كل واحد من الاولاد ثلاثة فى قول ابى حنيفة رحمه الله لان دعوة النسب اذا لم يعمل فى اثبات النسب كانت اقرارا بالحرية فكأنه قال احدهم حر فيعتق ثلث كل واحد منهم من جميع المال وعلى قول محمد رحمه الله يعتق من الاكبر ثلثه ومن الاوسط نصفه والاصغر كله لان الاكبر ان كان هو المقصود بالدعوة فهو حر فان كان المقصود هو الاوسط أو الاصغر لم يعتق الاكبر فهو حر فى حال عبد فى حالين فيعتق ثلثه واما الاوسط فان كان المقصود فهو حر وان كان المقصود هو الاكبر لانه ولد ام الولد فيعتق بموت المولى كما تعتق امه وان كان المقصو هو الاصغر لم يعتق الاوسط فهو يعتق فى حالين ولا يعتق فى حال واحوال الاصابة حالة واحدة فى الروايات الظاهرة الا فيما ذكر فى الزيادات بخلاف حال الحرمان فلهذا يعتق نصفه فأما الاصغر فهو حر بيقين سواء كان المقصود هو الاوسط أو الاكبر الا أن أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر هذه الاحوال لانه مبنى على ثبوت النسب ولم يثبت

النسب ولان جهة الحرية مختلفة وحكمه مختلف فانه ان كان مقصوداً بالدعوة كان حر الاصل واذا كان المقصود غيره كانت حريته بطريق التبعية للام بعد موت المولى وبين كونه مقصوداً وتبعا منافاة وكذلك بين حرية الاصل وحرية العتق منافاة ولا يمكن اعتبار الجهتين جميعا فلهذا يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقد روى عن أبي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله الا في حرف واحد وهو أنه قال يعتق من الا كبر نصفه لان حاله تتردد بين شيئين فقط اما أن يكون ثابت النسب من المولى فيكون حرا كله أولا يكون ثابت النسب منه فلا يعتق منه شئ فلهذا عتق نصفه ويسعى في نصف قيمته ثم استشهد بقول أبي حنيفة رحمه الله بما لو كان لها ولد واحد فقال المولى قد ولدت هذه الامة مني ولداً ولم يتبين هذا هو أو غيره لا يثبت نسب هذا معرف والمولى انما أقر بنسب المنكر والمنكر غير المعرف وتصير الجارية بمنزلة أم الولد لاقراره بأمية الولد لها فيكون الولد عبداً لا يعتق بعتق أمه لانه ما أقر بنسبه ولا باتصاله عن الام بعد أمية الولد فيها والرق فيها ثابت بيقين فلا يبطل بالاحتمال ومن قال بقول محمد رحمه الله يلزمه أن يقول هنا يعتق من الولد نصفه باعتبار الاحوال وهذا قبيح من طريق المعنى أرأيت لو قال قد أسقطت هذه الامة مني سقطا مستبين الخلق أ كان يعتق به شيئا من ابنه الكبير لا يعتق شئ منه فكذلك ماسبق وكذلك لو كان كل واحد من هؤلاء الاولاد لام معروف كان لها فانه يعتق من كل ولد ثلثه لان النسب لما لم يثبت بدعوته كان هذا اقراراً بالعتق لاحدهم فيعتق من كل واحد منهم ثلثه وهذا على أصل الكل لان اعتبار الاحوال هنا غير ممكن. قال واذا ولدت أمة ولداً من غير زوج فلم يدعيه المولى حتى كبر وولد له ولد من أمة للمولى ثم مات الابن الاول ثم ادعى المولى أحدهما فقال أحد هذين ابني يعني الميت وابنه فانه يعتق الاصل كله على اختلاف الاصلين أما عند أبي حنيفة رحمه الله لان دعوته لما لم يعمل في حق النسب انقلب اقراراً بالعتق فكانه قال أحدهما حر ومن جمع بين حي وميت وقال أحدهما حر عتق الحي منهما عنده وأما عند محمد رحمه الله فلانا تيقنا بحرية الاسفل لانه ان كان هو المقصود فهو حر وان كان المقصود الا كبر عتق الاسفل أيضا لانه من أمة المولى فيكون مملوكا له ومن ملك ابن ابنه عتق عليه وتسعى أمة في نصف قيمتها لانه ان كان المقصود هو الاسفل فأمه أم ولد يعتق بموت المولى وان كان هو الا كبر لم يعتق هذه فلهذا عتق نصفها وسعت في

نصف قيمتها وكذلك الجدة تسعى فى نصف قيمتها لهذا. قال أمة لرجل ولدت ابنتا ثم ولدت ابنتها ابنتا فقال المولى فى صحته احدى هؤلاء الثلاثة ولدى ثم مات قبل أن يبين فانه يعتق نصف العليا وجميع الوسطى وجميع السفلى لان العليا تعتق في حالين فانها اذا كانت مقصودة بالدعوة فهى حرة وان كان المقصود ابنتها فهى أم ولد تعتق بموت المولى وان كان المقصود أسفلها فهى أمة فلهذا عتق نصفها فأما الوسطى فهى حرة بيقين ان كانت هى المقصودة فهى حرة بالنسب وان كانت ابنتهما فهى حرة بأمية الولد وان كان المقصود أمها فهى حرة فهى ابنت ابنت المولي وكذلك السفلى حرة بيقين ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله فى هذا الفصل وقيل علي قوله يعتق ثلث كل واحدة منهن لان هذا عنده بمنزلة قوله احدا كن حرة وقيل بل الجواب قولهم لان العتق هنا بجهة النسب كيف ما كان وهو مقصود فيه سواء كان بأمية الولد فوجب اعتبار الجهات هنا بخلاف الفصل الاول على ما بيناه. قال ولو ولدت الامة ابنتا من غير زوج ثم ولدت ابنتين في بطن آخر ثم ولدت ابنا فى بطن آخر ثم نظر المولى الي الا كبر والي احدى الابنتين فى صحته فقال أحد هذين ولدى ثم مات قبل أن يبين لم يثبت نسب واحدة منهما وعتقت الامة بجهة أمية الولد لما بينا ويعتق من الكبرى نصفها ويسعى فى نصف قيمتها ويعتق من الاوسطين نصف كل واحد منهما فى ظاهر الرواية عند أبي حنيفة رحمه الله وفى غير الاصول قال يعتق عبده من كل واحدة منهما ربعها ٭ وجه هده الرواية انه لما لم يثبت النسب بدعوته انقلب اقراراً بالحرية فكانه قال احدهما حر ويعتق نصف الكبرى في نصف الحرية وحظ الاوسطين فيه علي السواء لانهما توأم لا ينفصل أحدهما عن الآخر فيصير هذا النصف بينهما نصفين فيعتق من كل واحد ربعها ٭ وجه ظاهر الرواية أن تعلق الحرية الذى بقى العتق من وسطين ولكن احدهما لم ينفصل عن الآخر فى حرية الاصل ولا فى النسب والاقرار بالنسب لاحدهما بمنزلة الاقرار به لهما فما يعتق به من أحدهما بحكم هذا الاقرار وهو نصف رقبته يعتق من الثانى مثله وأما الاصغر فهو حر كله لانا تيقنا بأنه ولد أم الولد فيعتق بموت المولي من جميع المال كما تعتق أمته. قال ولو نظر المولى الي الاصغر فقال أحد هذين ابنى ثم مات قبل أن يبين يعتق من الا كبر نصفه ومن الاصغر ايضا نصفه في قول ابى حنيفة لان كلامه صار اقرارا بالحرية لهما فكانه قال احدهما

حر فيعتق من كل واحد منهما نصفه وعلى قول محمد رحمه الله يعتق الاصغر كله لانه حر بيقين اما لانه ابنه أو لانه ولد أم ولده فيعتق بموته . وقال يعتق من الاوسطين نصف كل واحد منهما ويسعى فى نصف قيمته فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقيل هذا قول محمد رحمه الله فانه ان كان المقصود الا كبر فهما حران بالاستيلاد وان كان المقصود الاصغر لم يعتق واحد منهمافيعتق من كل واحد منهما نصفه فأما عند أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن لا يعتق من الاوسطين شئ لان كلام المولى لم يتناولهما وقيل بل الجواب صحيح في قول أبى حنيفة لان جهة العتق لهما واحدة وهو التبعية فيعتبر الحالان فى حقهما فلهذا يعتق من كل واحد منهما نصفه . قال رجل له أمة لها ثلاثة أولاد ولدتهم فى بطون مختلفة من غير زوج فقال المولى الا كبر منهم هو ابنى ثبت نسبه منه الدعوة وصارت الام أم ولد له ولم يثبت نسب الآخرين منه عندنا وقال زفر رحمه الله يثبت نسب الآخرين منه أيضا لانه تبين أنها أم ولد ولدتهما على فراشه فانها صارت أم ولد له من حين علقت بالا كبر ونسب ولد أم الولد ثابت من المولى من غير دعوة الا أن ينفيه وتخصيصه الا كبر بالدعوة لا يكون دليل النفى ولا الاثبات ولنا أن تخصيصه الا كبر بدعوة النسب دليل النفى في حق الآخرين هنا لانه يجب علي المولى شرعا اظهار النسب الذى هو ثابت منه بالدعوة فكان تخصيصه الا كبر بعد وجوب الاظهار عليه بهذه الصفة دليل النفى فى حق الآخرين ودليل النفى كصريح النفي ونسب ولد أم الولد ينتفى بالنفى فكذلك بدليل النفى وهذا نظير ما قيل ان سكوت صاحب الشرع صلوات الله عليه عن البيان بعد وقوع الحاجة اليه بالسؤال دليل النفى لان البيان وجب عند السؤال فكان تركه بعد الوجوب دليل النفى ولكن يعتق الآخران بموت المولى لانهما ولدان لام الولد فيعتقان بموت المولى فان ولدت بعد اقراره ولداً لستة أشهر فصاعداً فلم ينفه المولى ولم يدعه حتى مات فهو ابنه لانها علقت على فراشه فانها بالدعوة صارت فراشا للمولى ولهذا ثبت نسب هذا الولد منه وفى الكتاب أشار الى ان الفراش انما يثبت لها من وقت الدعوة وهذا يكون طريقا آخر فى المسئلة الاولى أن انفصال الولدين الاولين كان قبل ظهور الفراش فيها فلا يثبت نسبهما الا بالدعوة . قال ولو أقر ان أمته قد ولدت منه أو أسقطت منه سقطا مستبين الخلق ثم ولدت بعد ذلك لستة أشهر وهو غائب أو مريض فانه يثبت النسب منه مالم ينفه لانها جاءت به على فراشه فان نفاه انتفى بمجرد نفيه عندنا وقال الشافعى

اذا أقر بوطئها ثم جاءت بالولد قبل أن يشتريها بحيضة لا ينتفي النسب منه وان نفاه وان جاءت بالولد بعد ما اشتراها بالحيضة لم يثبت النسب منه الا بالدعوة لان عنده بالوطء تصير فراشا له ولا ينقطع حكم ذلك الفراش الا بالاستبراء فاذا ولدت قبل أن يشتريها ثبت النسب منه باعتبار الفراش فلا ينتفي بنفيه كما لو ثبت بفراش النكاح ولكنا نقول للمولى على أم الولد فراش مجوز لا ملزم (ألا ترى) أنه يملك نقل فراشه الى غيره بالتزويج فكما أنه يثبت الفراش على وجه ينفرد بنقلها الى غيره فكذلك النسب بحكمه يثبت على وجه ينفرد بنفيه بخلاف فرش المنكوحة والله أعلم بالصواب

باب دعوة القرابة

(قال رحمه الله قال جارية لرجل ادعى ابنه ان أباه زوجها منه فولدت له هذا الولد وأنكره الاب لم يصدق على ذلك ولم يثبت نسبه منه الا ان يثبته تقوم على النكاح) لانه ليس للابن فى جارية أبيه تأويل ملك ولا له حق تملكها على أبيه فكان هو في هذه الدعوة كسائر الاجانب لا يثبت نسبه منه مالم يثبت سببه بالحجة وهو النكاح لان ثبوت الحكم ينبنى على ثبوت النسب . قال واذا ادعي الاب ولد جارية ابنه والابن عبد أو مكاتب فدعوته باطلة لانه ليس له ولاية نقلها الى نفسه لانعدام ولايته على العبد والمكاتب ولما كان للمولى فيها من ملك أو حق ملك وشرط صحة دعوة الاب نقلها الى ملكه كما ذكرنا وكذلك لو كان الابن مسلما والاب ذميا أو مستأمنا لانه لا ولاية للكافر على مسلم . قال واذا لو ولدت أمة الرجل فادعاه آخر أنه ابنه من نكاح أو شبهة وأنكره المولى لم يصدق على ذلك العم والخال وسائر القرابات لانه لا حق لبعضهم فى مال البعض فهم كسائر الاجانب فان ملكه يوما وقد ادعاه من جهة نكاح صحيح أو فاسد أو من جهة ملك يثبت نسبه منه لانه عند الملك كالمجدد لذلك الاقرار فان النسب لا يحتمل الابطال بعد ثبوته والاقرار به قبل الملك يتوقف على وجود الملك وكذلك لو ادعى انه ابنه ولم يذكر انه تزوجها لان مطلق اقراره محمول على سبب صحيح شرعا والاسباب المثبتة للفراش الذى يبنى عليها النسب كثيرة ولو مالك أمه معه أو دونه صارت أم ولد له لانه أقر لها بأمية الولد حين أقر بالولد والنسب فان اقراره بالنسب مثبت لها الفراش والفراش ثابت بالملك أو بالنكاح فاسدا كان أو صحيحا وذلك

موجب أمية الولد لها اذا ملكها وان ملك الولد أب المدعي وهو يجحد مقالة ابنه لم يثبت نسبه من الابن ولا يعتق لانه لو كان في ملك الاب حين ادعاه الابن لم يثبت نسبه مع جحود الاب فاذا اعترض ملك الاب أولى ان لا يثبت نسبه بتلك الدعوة واذا لم يثبت النسب لم يعتق على الاب لان عتقه عليه باعتبار أنه ابن ابنه وذلك لا يكون الا بعد ثبوت نسبه من الابن .قال رجل تزوج امرأة على خادم فولدت في يد الزوج فادعي الزوج الولد وكذبته المرأة فان كانت ولدت لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها وكان أصل الحبل عند الزوج فهو مصدق لانا تيقنا أن العلوق حصل في ملكه فتكون دعوته دعوة استيلاد فبطل به تمليكها من المرأة صداقا ويضمن قيمتها للمرأة لان التسمية بطلت بعد صحتها فوجب على الزوج القيمة كما لو استحقت وهذا لانه تعذر تسليمها مع بقاء السبب الموجب للتسليم وهو النكاح وان لم يكن أصل الحبل عنده لم يصدق لان دعوة التحرير بمنزلة الاعتاق وهو لو أعتقها في هذه الحالة لم تصح منه وكذلك ان وضعته لا كثر من ستة أشهر لانا لا نتيقن بحصول العلوق في ملكه فلا يصدقه على ابطال ملكها عن عين الخادم حين كذبته فان طلقها قبل أن يدخل بها وقبل التسليم اليها ثبت نسب الولد منه لان بالطلاق قبل الدخول ينتصف الاصل مع الزيادة وهو الخادم المقبوض فكان نصفها ونصف ولدها للزوج وذلك يكفي لصحة الدعوة فلهذا ثبت نسب الولد منه وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصف قيمتها للمرأة لانه صار متملكا نصيبها عليها بما سبق منه من الدعوة وضمان التملك لايعتمد وجود الصنع ولو لم يصنع في عينها شيئا بالطلاق قبل الدخول صار ضامنا لها نصف قيمة الجارية ويسعى الولد في نصف قيمته لها لان نصف الولد مملوك لها وقد احتبس عنده فيجب عليه السعاية في نصف القيمة ولا ضمان على الزوج فيه وان كان موسرا لان صفة الدعوة حين ادعي لم يكن مفسرا عليها شيئا من الولد وانما فسد نصيبها من الولد بعد الطلاق وكان ذلك سببا حكميا وهو ينصف الصداق بينهما وذلك أمر حكمي ولا يقال بان سببه الطلاق لان الطلاق يصرف منه في المنكوحة لقطع النكاح لا في الصداق فلا يكون موجبا للضمان عليه ثم ان كان لزوج أقر أنه وطئها قبل النكاح لم يضمن من العقر شيئا وان أقر ان وطأه اياها كان بعد النكاح ضمن نصف العقر لها وان لم يبين ذلك فالقول قوله فيه الا اذا جاءت به لاكثر من سنتين منذ تزوجها فحينئذ يعلم أن وطأه اياها كان بعد النكاح فيلزمه نصف العقر لها لان بالوطء قد لزم جميع العقر فانه وطئ

ملك الغير وقد سقط الحد عنه لشبهة فيجب العقر والعقر زيادة كالولد فينصف بالطلاق (قال) وتأويل هذه المسئلة اذا كان ادعي نسب الولد بنكاح أو شبهة أولم يبين السبب فأما اذا بين انه وطئها من غير شبهة النكاح لا يثبت النسب منه لان الجارية في يده مملوكة له مضمونة عليه بالقيمة كالمغصوبة فيكون وطؤه اياها زنا غير مثبت النسب وان كانت ولدت في يدي المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم يرجع اليه من الخادم والولد شيء لان الزيادة المنفصلة بعد القبض تمنع بنصف الاصل الا أن تكون جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها فيكون ابنه بدعوته والجارية أم ولد له ويضمن المرأة نصف قيمتها لتيقننا بحصول العلوق في حال ملكه وذلك بمنزلة البينة تقوم وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر بعد القبض ولم يطلقها ولكن المرأة ماتت فورثها ضمن نصيب شركائه فيها لانه صار متملكا لنصيب شركائه من الجارية حين صارت أم ولد له وضمان التملك لا يستدعي صنعا من جهته ويسعى الولد في حصتهم لان نصيب الاب منه قد عتق بالدعوة السابقة فيحتبس نصيب الشركاء عند الولد فعليه السعاية (قال) وكذلك كل ميراث يقع في مثل هذا وحاصل هذه المسئلة ان ملك جزءا من ولد بطريق الميراث من غيره فهو على وجهين اما أن يكون شريكه ذا رحم محرم من الولد أو أجنبيا منه وكل وجه على وجهين اما ان تكون دعوة الاب فيه قبل الملك أو بعده وكل وجه من ذلك على وجهين اما أن يصدقه الشريك أو يكذبه ثم الحاصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه ان كان الشريك ذا رحم محرم من الولد والدعوة قبل الملك أو بعده صدقه الشريك في ذلك أو كذبه فالولد حر كله ولا ضمان على الاب ولا سعاية على الولد لانه انما عتق نصيب الشريك عليه بقرابته فلا يكون ذلك موجبا للسعاية على الولد ويكون موجبا للضمان على الاب أما اذا انعدمت الدعوة على الملك فلأن تمام علة العتق بالملك الحاصل بالميراث لا صنع له فيه فان تأخرت الدعوة عن الملك فانما كان عتق نصيب الشريك محالا به على القرابة الثانية بينهما حكما فلا يكون موجبا للضمان على الاب وان كان الشريك أجنبيا فان كانت الدعوة قبل الملك وصدقه الشريك فيه أو كذبه أو كانت الدعوة بعد الملك وصدقه الشريك فيه فلا ضمان على الاب لانعدام صنع موجب للضمان اما بتقدم الدعوة على الملك الذي هو متمم لعلة العتق واما التصديق من شريكه اياه في الدعوة فانه حينئذ يلتحق بالابن المعروف ومن ملك ابنه المعروف بالميراث مع غيره لم يضمن لشريكه شيئا ولكن على الولد أن يسعى في

نصيب الشريك لانه احتبس نصيب الشريك عنده فتجب السعاية له ولو كانت الدعوة بعد الملك وكذبه شريكه فالحكم فيه كالحكم في عبد بين اثنين يعتقه أحدهما لان نصيب الاب انما يعتق عليه بعلة ذات وصفين الملك والقرابة فيحال به على آخر الوصفين وجوداً وهو الدعوة هنا وذلك منه بمنزلة الاعتاق في حق الشريك حين كذبه فلهذا كان الحكم فيه كالحكم بين اثنين يعتقه أحدهما وأما في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فان كانت الدعوة قبل الملك وكان الشريك ذا رحم محرم من الولد وصدقه في ذلك فلا ضمان عليه ولا سعاية على الولد لان نصيب الشريك انما يعتق عليه بقرابته حين صدقه في الدعوة وان كانت الدعوة قبل الملك وكذبه شريكه أو كان الشريك أجنبيا والدعوة قبل الملك فصدقه أو كذبه أو كانت الدعوة بعد الملك وصدقه ففي هذه الوجوه الاربعة لاضمان على الاب لان تميم علة العتق بالملك اذا كانت الدعوة قبله ولا صنع له في ذلك وان كانت الدعوة بعده وصدقه فهو كالابن المعروف في حقه فلا يكون الاب ضامنا لشريكه في ظاهر الرواية عنهما وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله يصير ضامنا لشريكه في الابن المعروف وان ملكه بالارث لان ضمان العتق على هذه الرواية ضمان التملك بناء على أصلهما ان المعتق اذا كان موسراً يكون الولاء كله له فيكون بمنزلة ضمان الاستيلاد الواجب بسبب تملك الام ولكن هذه الرواية غير صحيحة فانه لا خلاف انه لا يجب هذا الضمان عند العسر وضمان التملك لايختلف باليسار والاعسار ولكن العبد يسعى في قيمة نصيب شريكه لاحصاء منه عنده فان القرابة بينه وبين الولد لم تثبت عند تكذيبه في حقه وان كانت الدعوة بعدالملك وكذبه الشريك وهو ذو رحم محرم من الاب أو أجنبي فالجواب في الفصلين واحدعندهما والحكم فيه كالحكم في عبدبين اثنين يعتقه أحدهما لما بينا أن القرابة لاتثبت في حق الشريك مع تكذيبه اياه فذا الرحم المحرم والاجنبي فيه سواء . قال أمة في يدى رجل فولدت فادعي رجل انه تزوجها وان الولد منه وقال المولى بل بعتها بألف درهم والولد منه فالولدمن الزوج بتصادقهما على الفراش المثبت للنسب له عليها مع الاختلاف في سببه ويعتق باقرار المولى لان الاب مقر أن الولد ملكه لانه ولد أمته والمولى مقر أنه حر لانها علقت به في ملك الاب فكان حراً باقرار المولى وأمه بمنزلة أم الولد لان المولى مقر لها بأمية الولد والمستولد مقر بأن اقرار المولى فيها نافذ فلهذا كانت بمنزلة أم الولد موقوفة لا تحل لواحد منهما لان كل

واحد منهما ينفيها عن نفسه ولا يسع الزوج أن يقربها لان اباحة الفساد باعتبار ملك المتعة
وملك المتعة لا يثبت له عليها الا بثبوت سببه ولم يثبت هنا سبب لملك المتعة فان المولى
منكر للزوجية والزوج منكر للشراء وباب الحل مبنى على الاحتياط فلهذا لا يسعه أن يقربها
فاذا مات أب الولد عتقت لان المولى مقر أنها أم ولد له يعتق بموته والزوج مقر بصحة
اقرار المولى فيها وعلى الزوج العقر قصاص من الثمن لان مقدار العقر تصادقا على وجوبه
على الزوج وان اختلفا فى سببه ولا عبرة لاختلاف السبب فى ضمان المال كمن يقول لغيره
لك على ألف درهم قرض وقال المقر له بل هو غصب كان له أن يأخذ المال فهنا كذلك
الزوج يعطى بحساب العقر والمولى يأخذ بحساب ما ادعاه من الثمن (قال) وهذا الجواب بخلاف
ما ذكرنا فى كتاب العتاق وانما أراد به ما ذكره فى نسخ أبى سليمان رحمه الله من كتاب
العتاق ان على الزوج قيمتها للمولى وهذا غلط بل الصحيح ما ذكره فى نسخ أبى حفص
ونوادر هشام رحمهما الله ان على الزوج العقر يأخذه المولى قصاصا من الثمن كما فسره هنا . قال
ولو ادعى الزوج انه اشتراها فولدت منه هذا الولد وقال المولى بل زوجتك ثبت النسب
لتصادقهما عليه ولم يعتق الولد لان الشراء لم يثبت بقول الزوج فكان الولد مملوكا للمولى
بملكه الام كما عرف بثبوته فلهذا لا يعتق . قال أمة فى يدى رجل فولدت فادعى ولدها وقال
لرجل هى امتك زوجتنيها . وصدقه الآخر ولا يعرف أن أصلها كان للآخر فالولد حر ثابت
النسب من ذى اليد وأمه أم ولد له لانها كانت فى يده والظاهر أنها مملوكة فصحت دعوته
وثبت للولد حقيقة الحرية وللام حق الحرية بهذه الدعوة فهو باقراره بعد ذلك أنها لغيره
يريد ابطال الحق الثابت لها قبله فلا يقبل قوله فى ذلك ولكن يضمن قيمتها للمقر لان اقراره
حجة فى حقه وقد زعم أنها مملوكته أحتبست عنده بالدعوة السابقة فيضمن قيمتها له ولو عرف
أن أصلها كان للمقر له ثبت النسب منه وكان مملوكين له لان بدعوة النسب هنا لم تثبت
الحرية فيها ولا فى ولدها لكون الملك فيها ظاهراً لغير المستولد وان كان الاصل لا يعرف
لهذا فقال هذا بعتكها وقال أب الولد زوجتنى ضمن أب الولد قيمتها لان احتباسها عنده لم
يكن باقرار المقر له بالبيع (ألا ترى) انه وان أنكر ذلك لم يكن له عليه أولا على ولدها
سبيل بثبوت أمية الولد بالدعوة السابقة فلهذا ضمن أب الولد قيمتها ولم يضمن العقر لانه
وطئ ملك نفسه ولانه ضمن جميع بدل النفس وكذلك لو قال أب الولد بعتنى هذه الجارية

وقال الآخر بل زوجتك فهذا والاول سواء لما بينا وان كان يعرف أن الاصل لهذا فانه يأخذ الام وولدها مملوكين ماخلا خصلة واحدة وهى أن تقربانه باعها منه -فينئذ لا سبيل له عليها لاقراره بخروجها عن ملكه بالبيع ولا يغرم أب الولد القيمة فى هـذا الفصل لان احتباسها باقرار المقر له يبيعها (ألا ترى) أنه لو أنكر ذلك لم يمكن من أخذها وأخذ ولدها فلهذا لا يضمن أب الولد القيمة ولكن عليه العقر لما بينا فيما سبق وكانت هى بمنزلة أم الولد موقوفة لاقرار مولاها بذلك. قال رجل تزوج امرأة فولدت ولدا فادعى أحـدهما النكاح منذ شهر وقال الآخر منذ سنة فالنسب ثابت منهما لانها فراش له في الحال فيثبت النسب باعتبار ظاهر الفراش فى الحال ومن ادعى أن النكاح منـذ شهر فقد ادعى خـلاف مايشهد به الظاهر فلا يقبل قوله فان (قيل) بل صاحبه يدعى سـبق التاريخ بالنكاح وهو منكر له فينبغى أن يكون القول قول المنكر (قلنا) التاريخ غير مقصود لعينه فلا ينظر اليـه وانما ينظر الى الحكم المقصود وهو نسب الولد فيجعل القول قول من يشهد الظاهر له فى حق النسب مع أن هـذا المنكر مناقض لانه قد تقدم منه الاقرار لصحة النكاح والآن يدعى فساده بانكار التاريخ فلا يقبـل قوله وكذلك لو طلقها ثلاثا فولدت بعـده بيوم فاحبلها فهو وما سبق سـواء لما بينا ولو اجتمعا على أن النكاح منذ شهر والولدصغير صدقا ولم يثبت النسب من الزوج لان الصـغير لاقول له فى نفسه فبقى الحق لهما وما تصادقا عليه يجعل كالمعاين فى حقهما فلهذا لا يثبت النسب من الزوج فان قامت البينة أنه تزوجها منـذ ستة أشهر ثبت النسب لقيام حجة البينة عليه فان (قيل) كيف تقبل هذه البينة وليس هنا من يدعيها (قلنا) من أصحابنا رحمهم الله من قال ينصب القاضى عن الصـغير قيما ليقيم هذه البينة لان النسب حقه وهو عاجز عن اثباته بنفسه فينصب القاضى عنه قيما لاثباته وقيل بل فى هـذا حق الشرع وهو ثبوت النكاح بينهما والحكم بصحته حتى لا يتزوج بغيره فيكون ابنه وان لا ينسب الولد الى غير أبيه فان ذلك حرام لحق الشرع واذا تعلق به حق الشرع قبلت الشهادة عليه حسبة من غير دعوى كما فى عتق الامة والله أعلم

باب اقرار المريض بالولد

(قال رحمه الله رجل له عبـد فى صحته وأقر فى مرض موته انه ابنه وليس له نسب

معروف ومثله يولد لمثله فانه ابنه يرثه ولا يسعى في شيء سواء كان أصل العلوق به في ملكه أولم يكن في ملكه) لان النسب من حاجته وهو مقدم على حق ورثته في ماله فيثبت نسبه منه بالدعوة لكونه غير محجور عنه ويكون بمنزلة ابن معروف له ملكه في صحته فيكون عتقه من جميع المال لا بطريق الوصية فلهذا لا يسعى في شيء قال وكذلك ان كان عليه دين يحيط بماله لان حاجته مقدمة على حق غرمائه بدليل الجهاز والكفن ولانه ليس في اثبات النسب ابطال حق الغرماء والورثة لانه يلاقي محلا لاحق لهم فيه وانما ذلك فيما ينبني عليه من الحكم والذي ينبني على هـذا السبب عتق في صحته ولا حق للغرماء والورثة في ماله في صحتـه وكذلك لو كانت له جارية ولدت في صحته فاقر في مرضه انه ابنه سواء كان أصل العلوق في ملكه أولم يكن لان الذى ينبنى على دعوة النسب هنا حقيقة الحرية للولد في صحته وحق الحرية للأم ولا حق للغرماء والورثة فيهما في حالة الصحة فأما اذا كان ملكه في مرضه فادعاه قبل الملك أو بعده ثم مات فان كان عليه دين محيط فعليه السعاية في جميع القيمة لان الذى ينبنى على دعوته هنا عتق في المرض وذلك يلاقى محلا مشغولا بحق الغرماء فلا يكون مصدقا في حقهم الا أن الرق قد فسد باقراره فعليه السعاية في جميع القيمة وان لم يكن له مال سواهما ولا دين عليه كان عتقه من ثلثه وعليهما السعاية فيما زاد على الثلث من قيمته ولا يرثه الولد في قول أبي حنيفة لان المستسعى في بعض قيمته عنده بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يرث وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله المستسعى حر مديون فيكون من جملة الورثة ولا وصية للوارث ولكن عليه السعاية في قيمته ويرثه وان كان للمولى ابنان بحيث تخرج رقبته من الثلث فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الجواب كذلك يسعى الولد في قيمته لانه صار وارثا ولا وصية للوارث وأما عند أبي حنيفة رحمه الله لا سعاية على الولد في شيء ويرثه فقد جمع له بين الوصية والميراث لضرورة الدور فانه لو لم يجز الوصية له وألزمه السعاية في قيمته كان مكاتبا والمكاتب غير وارث فتصح الوصية له سقطت السعاية فصار وارثا فلا يزال يدور هكذا والسبيل في الدور أن يقطع فلهذا جمع بين الوصية والميراث وهو نظير ما قالوا في تنفيذ الوصية في خمسي المال في بعض مسائل الهبة لضرورة الدور وان كانت الوصية لا تنفذ في أكثر من الثلث وهذا لان مواضع الضرورة مستثنى في الاحكام الشرعية فأما أم الولد فلا سعاية عليها عندهم جميعا لانه اذا كان معها ولد يثبت نسبه فهو شاهد لها بمنزلة اقامة البينة فلهذا لا يلزمه السعاية

في شيء وكذلك لو وهب للمريض ابنه المعروف ولا مال له غيره فان كان عليه دين سعى في قيمته للغرماء وان كان الدين أقل من قيمته سعى في الدين وفي ثلثي ما بقي للورثة وله الثلث وصية في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله سعى فيما بقي من قيمته بينه وبين الورثة ولا وصية له لانه من جملة الورثة. قال ولو كان وهب للمريض أم ولد له معروفة عتقت ولم يسع في شيء لان ثبوت نسب الولد شاهد لها وعتق أم الولد من حوائج الميت فيكون مقدما على حق الغرماء والورثة . قال ولو أن مريضا له الف درهم اشترى به ابنه ثم مات ولا مال له غيره فعند أبي حنيفة رحمه الله يسعى في قيمته للورثة والثلث وصية له ويسعى في جميع قيمته لانه وارث فلا وصية له وان كان عليه دين سعى في الدين وثلثي ما بقي في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما في جميع القيمة لما بينا. قال ولو كان اشترى أم ولد له معروفة لم يسع في شيء للغرماء ولا للورثة لان نسب الولد شاهد لها وان كان قد حابى البائع في شيء فان كانت أقل من ألف فالمحاباة في المرض وصية فان كان عليه دين فعلى البائع رد بيع الفضل وان لم يكن عليه دين فعليه رد ثلثي الفضل على الورثة والثلث يسلم له بطريق الوصية. قال ولو أن صبيا وأمة مملوكان لرجل لا يعرف له نسب فاشتراهما رجلان أو ملكاهما بهبة أو صدقة أو ميراث أو وصية ثم ادعى أحدهما أن الولد ابنه وكذبه الآخر فهو ابنه لان قيام الملك له في النصف كقيام الملك له في الكل في صحة الدعوة والولد محتاج الى النسب ويضمنه حصة شريكه من قيمة الام غنيا كان أو فقيرا لانه صار متملكا لنصيبه عليه حين صارت أم ولد له (قال) ويضمن حصة شريكه من قيمة الولد ان كان موسرا ويسعى الولد ان كان معسرا لان دعوة التحرير بعد الملك بمنزلة الاعتاق اذا كذبه الشريك وكان أجنبيا وان كان الشريك ذا رحم محرم من الولد فعند أبي حنيفة رحمه الله لا سعاية عليه وعندهما يلزمه السعاية وقد بينا هذه الفصول في الباب المتقدم .قال ولو اشترى المكاتب ابنه مع رجل آخر صارت حصته مكاتبا معه لانه لو ملك كله صار الكل مكاتبا معه فكذلك اذا ملك النصف اعتبارا للبعض بالكل فاذا ادعى المكاتب عتقا وسعى الولد لشريكه في نصف قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله ولا ضمان على المكاتب لان من أصله أن الحر لو اشترى ابنه مع غيره لم يضمن لشريكه شيئا ولكن تجب السعاية على الولد فكذلك المكاتب وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله صار الولد كله مكاتبا مع ابنه لان عندهما الكتابة لا تتجزى ويضمن المكاتب نصف قيمة

ابنه لشريكه لانه صار متملكا عليه نصيبه فيضمن له قيمة نصيبه موسرا كان أو معسرا ولو كان مجهولا فادعاه المكاتب بعد ماملكاه كان للشريك أن يضمنه نصف قيمته ان كان غنيا وان شاء استسعى الابن وان كان فقيرا استسعى الابن لان المكاتب فى الدعوة كالحر وكذلك في ضمان الاعتاق وهو بمنزلة الحر وقد بينا أن هذه الدعوة عند تكذيب الشريك بمنزلة الاعتاق ولو كانت أمه معه ضمن المكاتب نصف قيمتها غنيا كان أو فقيرا لانه تعذر بيعها بما ثبت للمكاتب من الملك فيها وصارت بمنزلة أم الولد فيضمن لشريكه نصف قيمتها لانه صار متملكا على كل حال وان كان الذى ملك مع المكاتب ذا رحم محرم من الصبى ونسب الصبي من المكاتب معروف عتق نصيب ذا الرحم المحرم بالقرابة عند أبى حنيفة رحمه الله لانه أثبت له حقيقة الملك وكان نصيب المكاتب موقوفا فان عتق عتق معه وان عجز سعى لمولاه فيه وعند أبي يوسف ومحمد يعتق الكل لان عندهما العتق لايتجزى ولا ضمان لواحد منهما على صاحبه ولا سعاية على الولد لان فيه تحصيل مقصود المكاتب فانه انما يسعى لتحصيل الحرية لنفسه ولولده فلهذا لايجب الضمان له ولا السعاية والله أعلم

باب دعوة الولد من الزنا والنكاح الصحيح

(قال رحمه الله رجل أقر أنه زنا بامرأة حرة وان هذا الولد ابنه من الزنا وصدقته المرأة) فان النسب لا يثبت من واحد منهما لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ولا فراش للزانى وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حظ الزانى الحجر فقط وقيل هو اشارة الي الرجم وقيل هو اشارة الي الخيبة كما يقال للخيبة الحجر أى هو خائب لاحظ له والمراد هنا انه لاحظ للعاهر من النسب ونفى النسب من الزانى حق الشرع أما بطريق العقوبة ليكون له زجرا عن الزنا اذا علم ان ماءه يضيع به أو لان الزانية ناشها غير واحد فربما يحصل فيه نسب الولد الى غير أبيه وذلك حرام شرعا ولا ترتفع هذا المعنى بتصديق المرأة أو كان نفى النسب عن الزانى لحق الولد فانه يلحقه العار بالنسبة الي الزانى وفيه اشاعة الفاحشة وهذا المعنى قائم بعد تصديق المرأة واذا لم يثبت منه النسب لم يثبت منهما أيضا لان مجرد قولها ليس بحجة فى اثبات نسب الولد منهما فان شهدت القابلة ثبت بذلك نسب الولد من المرأة دون الرجل لان ثبوت النسب منها بالولادة وذلك يظهر بشهادة

القابلة ولا صنع لها فى الولادة ليستوجب العقوبة بقطع النسب عنها ولان المنفى في جانب الرجل الاشتباه وذلك لا يتحقق فى جانبها فان انفصال الولد عنها معاين فلهذا ثبت النسب منها قال وان أقر الرجل انه زنا بامرأة حرة أو أمة فولدت هذا الولد وادعت المرأة نكاحا فاسداً أو جائزاً لم يثبت النسب منه وان ملكه لان ما ادعت من الفراش لم يثبت بقولها عند جحوده فبقى فى حقه ما أقر به من الزنا وهو غير مثبت للنسب سواء ملكه أو لم يملكه الا أنه اذا ملكه يعتق عليه لانه جزء منه وان كان غير منسوب اليه فكما لا يثبت الرق للمرء على نفسه لا يثبت على جزءه وانما أورد هذا الفصل لازالة الاشكال فان بدعوها النكاح خرج الفعل من أن يكون زنا محضا لايجب الحد على واحد منهما ويجب العقر لها عليه ولكنه غير مثبت النسب لان سببه الفراش وذلك غير ثابت فى حق الرجل فكذلك ان أقامت شاهداً واحداً بما ادعت لان الفراش لم يثبت بالشاهد الواحد فانه ليس بحجة تامة وعليها العدة لاقرارها على نفسها بالتزام العدة ولانها أخذت المهر من الرجل حين سقط الحد عنه وان ادعى الرجل النكاح وأقرت المرأة بالزنا فعليه العقر لسقوط الحد عنه بما ادعى من الشبهة ولم يثبت فراشه عليها عند جحودها فلا يثبت نسب ولدها منه فى الحال وان ملك يوما ثبت نسبه منه وان ملك أمه كانت أم ولد له ولا ينظر الي جحودها وجحود سيدها لان اقراره حجة فى حقه وانما امتنع العمل به لكون المحل مملوكا لغيره واذا صار مملوكا له كان كالمجدد لذلك فيثبت نسب الولد ويثبت أمية الولد للام وكذلك لو أقام شاهداً واحداً أو شاهدين ولم يعدلا لان ما أقام ليس بحجة تامة وعلى المرأة العدة لانها قد استوجبت المهر ولان العدة مثبتة للاحتياط . قال واذا ولدت امرأة الرجل على فراشه فقال الزوج زنا بك فلان وهذا الولد منه وصدقته المرأة وأقر فلان بذلك فان نسب الولد ثابت من الزوج لانه صاحب الفراش وثبوت النسب باعتبار الفراش وبعد ماثبت فراش النكاح لا ينقطع الا باللعان ولا لعان بينهما لاقرارها على نفسها بالزنا وكذلك لو كان النكاح فاسداً لان الفاسد ملحق بالصحيح في حكم النسب . قال ولو تزوج امرأة لاتحل له فأغلق عليها بابا أو أرخى حجابا ثم فرق بينهما لم يكن عليه مهر لان الخلوة فى العقد الصحيح انما كان مقرراً للمهر باعتبار ما فيه من التمكن من الاستيفاء وذلك لا يوجد في النكاح الفاسد فانه غير متمكن من الاستيفاء شرعا فلهذا سقط اعتبار الخلوة فان جاءت بولد لستة أشهر منذ تزوجها ثبت النسب منه وفى بعض

النسخ . قال منذ أغلق عليها الباب وهذا لان الفاسد من النكاح معتبر بالجائز في حكم النسب لان الشرع لا يرد بالفاسد ليتعرف حكمه من نفسه فلا بد من اعتباره بالجائز وفى النكاح الجائز اذا جاءت بالولد لستة أشهر منذ تزوجها ثبت النسب منه فكذلك فى الفاسد واذا ثبت النسب منه فقد حكمنا بأنه دخل بها وكان عليه المهر واعتباره بستة أشهر منذ أغلق الباب لاشكال فيه لان التمكن من الوطء حقيقة يحصل به وان انعدم التمكن حكما واعتباره بستة أشهر منذ تزوجها صحيح أيضا لاعتبار الفاسد بالجائز ومن أصلنا في النكاح الجائز أن النسب ثبت بمجرد الفراش الثابت النكاح ولا يشترط معه التمكن من الوطء وعلى قول الشافعى بمجرد النكاح بدون التمكن من الوطء لا يثبت النسب فكذلك في الفاسد حتى قالوا فيمن تزوج امرأة وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة أشهر عندنا يثبت النسب وعنده لا يثبت مالم يكن لا كثر من ستة أشهر حتى يتحقق التمكن من الوطء بعد العقد وحجته في ذلك انا نتيقن بأنه غير مخلوق من مائه فلا يثبت النسب منه كما لو كان الزوج صبيا وهذا لان سبب ثبوت النسب حقيقة كونه مخلوقا من مائه وذلك خفى لا طريق الى معرفته وكذلك حقيقة الوطء تكون شراء على غير الواطئين وفى تعليق الحكم به خرج ولكن التمكن منه سبب ظاهر توقف عليه فوجب اعتباره لان ما سقط انما كان لاجل الضرورة فتقدر بقدر الضرورة ولانها جاءت به على فراشه فى حال يصلح أن يكون منسوبا اليه فيثبت النسب منه كما لو تمكن من وطئها وتصادقا انه لم يطأها وهذا لان النكاح ما شرع الا للاستفراش ومقصود النسل فيثبت الفراش بنفسه ولكن فى حق من يصلح أن يكون والداً والصغير لا يصلح أن يكون والدا فلم يعمل فى النسب لانعدام المحل له فأما الغائب يصلح أن يكون والداً كالحاضر فيثبت له الفراش المثبت للنسب بنفس النكاح وكما أن حقيقة العلوق من مائه لا يتوقف عليها فكذلك التمكن من الوطء حقيقة لا يمكن الوقوف عليه لاختلاف طبائع الناس فيه وفي الاوقات فيجب تعليق الحكم بالنسب الظاهر وهو النكاح الذى لا يعقد شرعا الا لهذا المقصود ومتى قام النسب الظاهر مقام المعنى الخفى سقط اعتبار المعنى الخفى ودار الحكم مع النسب الظاهر وجوداً وعدما وهو أصل كبير فى المسائل كما أقيم السفر المريد مقام حقيقة المشقة فى اثبات الرخصة بسبب السفر وأقيم تجدد الملك فى الامة مقام اشتغال رحمها بماء الغير فى تجدد وجوب الاستبراء ولان الوطء والتمكن انما كان معتبراً لمعني الماء وقد سقط اعتبار حقيقة

اللماء لاثبات النسب فيسقط ما كان معبرآ لاجله أيضا . قال واذا قال الرجل لصبي فى يدى
امرأة هو ابنى من زنا وقالت المرأة من نكاح ثم قال الرجل بعد ذلك هو من نكاح ثبت
نسبه منه لان كلامه الاول نفى للنسب عن نفسه وكلامه الثانى دعوة للنسب بعد النفى
صحيح لانه غير محتمل للانتفاء بعد ثبوته فيبقى بعدالنفى على ما كان عليه من قبل ولان المرأة
قد أقرت له بالنكاح وصدقها فى ذلك فيثبت النكاح بينهما وبثبوته يثبت نسب ولدهما منه
وكذلك لو قال الرجل هو ابنى منك من نكاح وقالت هو ابنك من الزنا لم يثبت نسبه
لانكارها ما ادعاه من الفراش فان قالت بعد ذلك هو ابني من نكاح ثبت نسبه لانها أقرت
له بالنكاح بعد ما أنكرت والاقرار بعد الانكار صحيح فاذا ثبت النكاح بينهما ثبت نسب
الولد منهما . قال امرأة رجل ولدت وهما حران مسلمان فادعى الزوج انه ابنه وكذبته المرأة
أو ادعت وكذبها الزوج وقد جاءت به لستة أشهر منذ تزوجها فهو ابنه منها لظهور النسب
فيما بينهما وهو الفراش وكذلك لوقال الزوج هذا الولد من زوج كان لك قبلي وقالت المرأة
بل هو منك فهو منه لان السبب بينهما ظاهر وما ادعاه الرجل غير معلوم وانما يحال بالحكم
الى السبب الظاهر دون مالا يعرف ولو قال الزوج من زنا فان صدقته المرأة بذلك فهو ابنه
لان السبب ثبت منه بفراش النكاح فلا يقطع الا باللعان ولا لعان بينهما اذا صدقته فيما ادعى
من الزنا وان أنكرت ذلك وجب اللعان فيما بينهما ويقطع النسب عنه باللعان . قال واذا نفى
الرجل ولد امرأته بعد ما مات أو كان حيا قبل اللعان فهو ابنه لا يستطيع أن ينفيه لان النسب
ثبت منه بالفراش وتقرر ذلك بموت الولد فلا يتصور بعد تقرره وهذا لان الميت لا يكون
محلا لاثبات نسبه بالدعوة ابتداء فكذلك لا يكون محلا لقطع نسبه الذى كان ثابتا باللعان فان
كل واحد من الحكمين يستدعى المحل فكذلك لو قبل الولد لانا حكمنا للاب بالميراث عنه
اما بدل نفسه أو مال ان كان له والنسب بعد ما صار محكوما به لا يحتمل القطع واذا كان
للمرأة ولد وليس في يدى زوجها فقالت تزوجتك بعد ما ولدت هذا من زوج قبلك وقال
الزوج بل ولدتيه منى فى ملكى فهو ابن الزوج لما بينا ان النسب بينهما ظاهر وهو الفراش
وما ادعت غير معروف فيحال بالولد على السبب الظاهر فلو كان الصبي فى يدى الرجل دون
المرأة فقال ابنى من غيرك وقالت هو ابنك منى فالقول قول الزووج ولا تصدق المرأة
بخلاف ماسبق والفرق من وجهين أحدهما ان قيام الفراش بينه وبينها لا يمنع فراشا آخر له

على غيرها اما بنكاح أو بملك يمين فاذا كان الولد في يده كان نسبه اليه من أي فراش حصل له وأما ثبوت الفراش له عليها ينافي فراش آخر عليها لغيره وكان هذا الفراش في حقها متعينا وباعتباره يثبت النسب منه من هذا الزوج ولان المرأة في يد الرجل والولد الذي في يدها من وجه كانه في يده فأما الزوج ليس في يد امرأته فما في يده لا يكون في يدها فلهذا لا يقبل قولها واذا نفى الرجل ولد امرأته وفرغا من اللعان عند القاضي فقبل أن يفرق بينهما ويقطع النسب من الاب فاذا مات أحدهما فالولد ثابت النسب من الزوج لان نفس اللعان لا يقطع النسب ما لم يقطعه القاضي اذ ليس من ضرورة اللعان قطع النسب فاذا مات أحدهما اذن اعترض قبل قطع النسب ما لو كان موجوداً في الابتداء منع اللعان بينهما فكذلك يمنع قطع النسب به وكما يتقرر حكم النسب بموت الولد فكذلك بموت الاب لاستحقاق الولد الميراث منه ولو كانت ولدت ولدين توأم فعلم أحدهما فنفاه ولا عن وألزمه القاضي أمه يفرق بينهما ثم علم بالآخر فهما ابناه لان نسبهما ثبت منه باعتبار الفراش وانما جرى اللعان بينهما في الولد الذي نفاه فبقي نسب الآخر ثابتا كما كان وقد فرق القاضي بينهما فلا يمكنه أن ينفي نسب الآخر باللعان بعد الفرقة ومن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر لانهما توأم يقرره وأنه لا بد من جعل أحدهما أصلا والحاق الآخر به والذي انقطع نسبه منه باللعان محتمل للثبوت منه بالاكذاب والذي نفى ثابت النسب منه بعد الفرقة تسمية لا تحتمل النفي عنه فجعل هذا أصلا أولى ولان النسب يثبت في موضع الشبهة فلا ينتفي بمجرد الشبهة فترجح الجانب الذي فيه شبهة أولى فان علم بالثاني قبل أن يفرق بينهما فنفاه أعاد اللعان وألزم الولدين الام لان النكاح بينهما قائم عند نفي الولد الثاني فيجرى اللعان بينهما لقطع نسبه كالولد الاول وان أكذب الملاعن نفسه بالدعوة بعد ما فرق القاضي بينهما ثبت النسب منه لانه نفي موقوفا على حقه حتى لو ادعاه غيره لم يثبت منه فاذا أقر به بعد الانكار صح اقراره وعليه الحد لانه أقر بأنه قذفها وهي محصنة فعليه حد القذف عند خصومتها وهذا اذا كان الابن حيا سواء كانت الام حية أو ميتة فان كان الولد قد مات وترك ميراثا ثم أعاده الاب لم يصدق لان الاب مدعى للمال لا مقر بالنسب فان الولد بالموت قد استغنى عن الشرف بالنسب وبمجرد الدعوى لا يستحق المال اذا لم يكن مناقضا في الدعوى فاذا كان مناقضا أولى الا أن يكون ترك ابن الملاعنة ولدا أو أنثى فحينئذ صدق الاب لانه الآن

مقر بالنسب فان ولد الابن ينسب اليه كولد الملاعنة نفسه فاذا صح الاقرار ضر بالجد وأخذ الميراث والحاصل أن النسب أصل عند اكذابه نفسه فاذا أمكن القضاء به ان كان المنفى نسبه حيا أو ميتا عن خلف يقضى بالنسب ثم يترتب عليه حكم الميراث واذا كان ميت الاعن خلف لا يمكن القضاء بالنسب فلو قضى بالمال كان قضاء بمجرد الدعوى والمال لا يستحق بمجرد الدعوى ولو كانت المنفية بنتا فماتت عن ابن وأكذب الملاعن نفسه ولم يصدق به لم يرث في قول أبي حنيفة رحمه الله وفى قولهما يصدق ويضرب الحد ويرث*وجه قولهما انها ماتت عمن يخلفها فان الولد كما ينسب الى أبيه ينسب الى أمه وكما يتشرف بشرف الاب يتشرف بشرف الام ويصير كريم الطرفين وأب الام يسمي أبا مجازا كاب الاب فكما فى الفصل الاول جعل بقاء الولد كبقائه فكذلك هنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول كلامه الآن فى دعوى المال لا اقرار بالنسب لان نسب الولد الى قوم أبيه دون قوم أمه (ألا ترى) أن ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قرشيا لا قبطيا وان أولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة وفيه يقول القائل

فانما أمهات الناس أوعية　　مستودعات وللانساب آباء

فاذا لم يكن هذا الولد منتسبا الى الملاعن صار وجوده كعدمه فلا يعمل اكذابه نفسه بخلاف ابن الابن علي ما بينا فلو أراد ابن الملاعن أن يتزوج المنفية نسبها لم يكن له ذلك ولو فصل فرق بينهما لانها قبل اللعان كانت أختا له ولم ينتف ذلك بمجرد اللعان من كل وجه حتى لو أكذب الملاعن نفسه ثبت النسب منه وكانت أختا له وشبهة الاختية كحقيقتها فى المنع من النكاح وكذلك الملاعن نفسه لو قال لم أدخل بالام وتزوج الابنت فرق بينهما لانها كانت ابنتا له وبعد اللعان قطع النسب عنه فبقى موقوفا على حقه لو اعادها صحت دعوته وشبهة البنتة كحقيقتها في المنع من النكاح وللشافعى رحمه الله فى هذا الفصل قولان أحدهما أن له أن يتزوجها بمنزلة ابنته من الزنا على مذهبه وهى معروفة في النكاح والآخر كمذهبنا لان النسب هنا موقوف على حقه لو ادعاه يثبت منه بخلاف المخلوق من مائه بالزنا. قال واذا طلق الرجل امرأته فجاءت بولدين فهذه المسئلة على أوجه اما ان يكون الطلاق رجعيا أو بائنا وكل وجه على ثلاثة أوجه اما أن يأتى بالولدين لاقل من سنتين أو يأتى بهما لا كثر من سنتين أو يأتى باحدهما لاقل من سنتين بيوم ولم يقر بانقضاء العدة فبقى أحدهما حين ولدته ثم ولدت الثانى وهما ابناه ولا حد عليه ولا لعان لانه حين نفى المولود منهما كان النكاح بينهما

قائما فوجب اللعان بينهما لخين وضعت الولد الآخر فقد انقضت عدتها بوضع جميع ما في بطنها ولا يتأتى جريان اللعان فيما بينهما بعد ماصارت أجنبية والقذف الموجب للعان لا يكون موجبا للحد فلهذا ثبت نسب الولدين منه وان جاءت بينهما لا كثر من سنتين فنفاهما يجرى اللعان بينهما ويقطع نسب الولدين عنده لانا تيقنا أن علوق الولدين من علوق حادث بعد الطلاق فصار مراجعا لهـا ولا تنقضي العدة بوضع الولدين فاذا نفى وهى منكوحته جرى اللعان بينهما فان (قيل) لما حكمنا بالرجعة فقد حكمنا بثبوت نسب الولدين منه فيكف يمكن قطع النسب باللعان بعد ذلك (قلنا) ليس من ضرورة الحكم بالرجعة والحكم بكون الولد منه فالرجعة تثبت بمجرد العين عن شهوة بدون الوطء والاعلاق وان كان نفى الولد منهما ثم أقر بالثانى فهما ابناه وعليـه الحـد لانهما توأم فأقراره بأحدهما كاقراره بهما وهذا منه اكذاب لنفسه بعد التفرق فعليه الحد وان جاءت بأحد الولدين لاقل من سنتين وبالآخر لا كثر من سنتين فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هذا والفصل الاول سواء وعلى قول محمد رحمه الله هذا والفصل الثانى سواء * وجه قوله إنا تيقنا بأن الولد الثانى من علوق حادث بعد الطلاق لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين وشككنا في الولد الاول فيحتمل أن يكون العلوق به بعد الطلاق أيضا ويحتمل أن يكون العلوق به قبل الطلاق فاتبع الشك لا التيقن فان المتيقن به يجعل أصلا ويرد المشكوك اليه وهما قالا لما ولدت الاول لاقل من سنتين فقـد حكمنا بأنه من علوق قبل الطلاق (ألا ترى) انها لو لم تلد غيره كان محكوما بأن العلوق به كان قبل الطلاق فلا يتغير ذلك الحكم بتأخير الولادة الثانية ولكن يجعل السابق منهما أصـلا ويجعـل كانها وضعتهما قبل السنتين لان الولد انما لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين اذا لم يكن هناك من يزاحمه فى الخروج فأما عند وجود المزاحم قد يتأخر خروجه عن أوانه فلا يكون ذلك دليلا على ان العلوق به كان بعد الطلاق فلهذا جعلنا السابق أصلا واذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا فان جاءت بهما لاقل من سنتين فعليه الحد بالنفى فهما ابناه لانه حين قذفها فلا نكاح بينهما فيلزمـه الحد وقد جاءت بالولدين لمدة يتوهم أن يكون العلوق بهما سابقا على الطلاق فيثبت نسبهما منه وان جاءت بهما لا كثر من سنتين لم يثبت نسبهما منه لانهما من علوق حادث بعد الفرقة وان نفاهما فلاحد عليه ولا لعان لانه صادق فى مقالته

وان جاءت باحدهما لاقل من سنتين بيوم وبالآخر لاكثر من سنتين بيوم فعند أبى حنيفة

وأبي يوسف رحمهما الله هذا والفصل الاول سـواء وعند محمد رحمه الله هذا والفصل الثاني سواء علي ما بينا قال واذا طلقها واحدة بائنة بعد ما دخل بها ثم تزوجها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فنفاه لاعنها لقيام النكاح بينهما في الحال ويلزم الولد أباه لانا تيقنا أن العلوق به سبق النكاح الثاني فكان حاصـلا في النكاح الاول وبالفرقة بعده تقرر النسب على وجه لا ينتفي بحال وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر منذ تزوجها النكاح الثاني لاعن ولزم الولد أمه لان الحل قائم فيستند العلوق الى أقرب الاوقات وهو ما بعد النكاح الثاني فاذا نفاه يقطع النسب عنه باللعان والله أعلم

باب الولادة والشهادة عليها

(قال رحمه الله أمة ولدت فادعت أن مولاها قد أقر به فجحد المولى فشهد عليه شاهد انه أقر بذلك وشهد آخر أنه ولد علي فراشه لم تقبل شهادتهما لاختلافهما في المشهود به فان أحـدهما يشهد بالقول وهو الاقرار وشهد الآخر بالفعل وهو الولادة علي الفراش وليس على واحد من الامرين شهادة شاهـدين فان اتفق رجـلان علي الشهادة على الاقرار وعلى الولادة على فراشـه فهو جائز لانهما ان شهـدا علي الاقرار فثبوت الاقرار بالبينة كثبوته بالمعاينة وان شهدا على الولادة فقد شهدا بالسبب المثبت للنسب منه . قال ولو كان المولى ذميا والامة مسلمة فشهد ذميان عليه بذلك جاز لان هذه الشهادة تقوم على المولى وشهادة أهل الذمة على أهل الذمة حجة فان كان المولى هو المدعي والامـة جاحدة لم تجز شهادة الذميين عليها لكونها مسلمة وتأويل هـذه المسئلة أنها تجحد المملوكيـة للمولى فانها اذا كانت تقر بذلك ينفرد المولى بدعوة نسب ولدها ولا عـبرة بتـكذيبها ولو كانا مسلمين فشهد على الدعوة أب المولى وجده لم تجز الشهادة لانهما يشهد ان بالسبب للولد وهو ابن ابنهما وشهادة المرء لابن ابنه لا تقبل وان شهد بذلك ابن المولى جازت الشهادة اذا كان المولى جاحدا لذلك لانهما يشهدان لاخيهما على أبيهما وشهادة المرء لاخيه على أبيه مقبولة انما لا تقبل شهادته لابيه واذا طلقت امرأة من زوجها فاعتدت ثم تزوجت وولدت من الزوج الآخر ثم جاء الولد حيا فعلي قول أبي حنيفـة رحمه الله الولد للزوج الاول سـواء جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها أو لا كثر من ذلك لانه صاحب الفراش الصحيح فان نفيه لا يفسد

فراشه والزوج الثانى صاحب الفراش الفاسد ولا معارضة بين الصحيح والفاسد بوجه بل الفاسد مدفوع بالصحيح والمرأة مردودة على الزوج الاول والولد ثابت النسب منه كمن زوج أمته فجاءت بولد ثبت النسب من الزوج دون المولى وان ادعاه المولى لان ملك اليمين لا يعارض النكاح في الفراش بل الفراش الصحيح لصاحب النكاح بل أولى فان هناك ملك اليمين عند الانفراد غير مثبت للحل والنكاح الفاسد عند الانفراد غير مثبت للحل فان نفى الاول والآخر الولد أو نفاه احدهما أو ادعياه أو ادعاه أحدهما فهو للأول على كل حال ولا حد عليه ولا لعان لانها غير محصنة حين دخل الزوج الثانى بنكاح فاسد فلا يجرى اللعان بينها وبين الاول والنسب اذا ثبت بالنكاح لا ينتفى الا باللعان وكان ابن أبى ليلى يقول الولد للثانى لان الفراش الفاسد يثبت النسب كالفراش الصحيح أو أقوي حتى يثبت النسب به على وجه لا ينتفي بالنفى ثم الثانى اليها أقرب يداً والولد مخلوق من مائه حقيقة فيترجح جانبه بالقرب واعتبار للحقيقة وذكر أبو عصمة عن اسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجانى عن أبى حنيفة رحمهم الله أن النسب يثبت من الزوج الثانى كما هو قول ابن أبى ليلى وفيه حديث الشعبي ذكره فى الكتاب أن رجلا من جعفى زوج ابنته من عبيد الله بن الحر ثم مات ولحق عبيد الله بمعاوية رضى الله عنه فزوج الجارية اخوتها فجاء ابن الحر فخاصم زوجها الى على رضى الله عنه فقال على رضى الله عنه أما أنك المالى علينا عدونا فقال أيمنعنى ذلك من عدلك فقال لا فقضى بالمرأة له وقضى بالولد للزوج الآخر الا أن أبا حنيفه رحمه الله قال الحديث غير مشهور فلا يترك به القياس الظاهر ولو ثبت وجب القول به وكان أبو يوسف رحمه الله يقول ان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى فهو من الزوج الاول وان جاءت به لستة أشهر منذ تزوجها الثانى فهو من الزوج الاول وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثانى سواء ادعياه أو نفياه لان النكاح الفاسد يلحق بالصحيح فى حكم النسب فباعتراض الثانى على الاول ينقطع الاول فى حكم النسب ويكون الحكم للثانى والتقدير فيه بادنى مدة الحبل اعتبارا للفاسد بالصحيح وانما قلنا أن الاول ينقطع بالثانى لان بدخول الثانى بها يحرم على الاول ويلزمها العدة من الثانى ووجوب العدة ليس الا لصيانة الماء فى الرحم فلو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثانى لم يكن لوجوب العدة عليها من الثانى معنى وعلى قول محمد رحمه الله ان جاءت به لاكثر من سنتين منذ دخل بها الثانى فهو الثانى وان جاءت به لاقل من سنتين منذ دخل

بها الثاني فهو للاول لان وجوب العدة عليها من الثاني بالدخول لا بالنكاح والحرمة انما ثبت على الاول بوجوب العدة من الثاني فكانت حرمتها عليه بهذا السبب كحرمتها بالطلاق والتقدير بادنى مدة الحبل عند قيام الحل ولا حل بينهما فالعبرة للمكان فاذا جاءت به لاقل من سنتين منذ دخل بها الثاني يتوهم أن يكون هذا من علوق كان قبل دخول الثاني بها في حال حلها للاول فكان النسب ثابتا منه وان جاءت به لا كثر من سنتين فقد انقطع هذا التوهم فكان النسب من الثاني وكذلك لو سبيت المرأة فتزوجت رجلا من أهل الحرب فولدت فهو على هـذا الخلاف وكذلك لو ادعت الطلاق واعتدت وتزوجت والزوج الاول جاحد لذلك فهذا كله في المعنى سواء. قال أمة ولدت لرجل فلم ينفه حتى لو مات فهو لازم له لا يستطيع أن ينفيه وتأويل هذه المسئلة في أم الولد لان نسب ولدها ثابت بالفراش فيتقرر ذلك بالموت قبل النفي فأما الامة القنة لا يثبت نسب ولدها الا بالدعوة فاذا مات قبل الدعوة لا يثبت النسب الا أن يكون هنئ بالولادة فقبل التهنئة يكون ذلك بمنزلة الدعوة منه وكذلك ان جنى جناية فقضي به القاضي على عاقلته لم يستطع نفيه بعد ذلك وكذلك لو جنى عليه فحكم فيه بقصاص أو أرش فهذا كله يتضمن الحكم بثبوت نسبه من المولى وبعد ما صار النسب محكوما به لا يستطيع أن ينفيه لان قوله ليس بحجة في ابطال الحكم. قال واذا زوج أم ولده فمات عنها زوجها أو طلقها وانقضت عدتها ثم جاءت بولد لستة أشهر منذ انقضت عدتها فهو ابن المولى لان بانقضاء عدتها حل للسيد غشيانها فعادت فراشا له كما كانت قبل النكاح فان بانقضاء العدة قد ارتفع النكاح بحقوقه وهو المانع من ظهور حكم فراشه فاذا عادت فراشا للمولى ثم جاءت بالولد في مدة يتوهم أن يكون من علوق بعد الفراش ثبت نسبه وله أن ينفيه لما قلنا الا ان يتطاول ذلك أو يجري فيه حكم وتفسير هذا التطاول مذكور في كتاب الطلاق أوما فيه من الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله من التقدير بسبعة أيام عنده وبمدة النفاس عندهما. قال ولو حرم أم ولده على نفسه بأن حلف ان لا يقربها فجاءت بولد لزمه مالم ينفه لان فراشها لم يبطل بتحريمها على نفسه كما لا يبطل به فراش النكاح وهو مندوب شرعا الي أن يحنث نفسه ويغشاها وفيه نزل قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فلهذا كان النسب ثابتا منه ما لم ينفه. قال ولو كانت أم ولد المسلم مجوسية أو مرتدة لم يلزمه ولدها الا أن يدعيه أو جاءت به لاقل من ستة أشهر بعد الردة. وقال زفر رحمه الله يثبت نسب الولد منه مالم ينفه لان

سبب الفراش قيام الملك وهو باق بعد الردةوان حرم عليه غشيانها بالردة وثبوت النسب لا يعتمد حل الغشيان كما في المنكوحة نكاحا فاسداً وهذا بخلاف ما زوجها لان فراشها قد انقطع باعتراض فراش الزوج (ألا ترى) انه لو ادعاه لم يثبت النسب منه بخلاف ما نحن فيه ولنا أن تحسين الظن بالمولى واجب وفى أثبات النسب منه حكم باقدامه على وطء حرام وذلك لا يجوز بدون الحجة فان ادعاه فقد صار مقراً بذلك فيثبت النسب منه حينئذ والا فلا وكذلك ان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ ارتدت لانا تيقنا ان العلوق سابق على ردتها فلا يكون فيه حمل أمر المولى على الفساد قال واذا أقر بصبي في يده أنه ابنه من أمته هذه ولد على فراشه ثم مات الرجل فادعى أولاده أن أباهم قد كان زوج هذه الامة عنده قبل أن تلد بثلاث سنين وانها ولدت هذا الغلام على فراش العبد والعبد والغلام والامة ينكرون ذلك لم تقبل بينتهم على ذلك والغلام ابن الميت لان نسبه ثبت من المولى باقرار المولى به وهذه البينة من الورثة تقوم على النفى فلا تكون مقبولة وبيان ذلك أنهم لا يثبتون بهذه الشهادة لانفسهم حقا انما يثبتون النسب للعبد وهو جاحد مكذب للشهود وقصد الورثة من هذا نفى النسب عن الميت حتى لا يزاحمهم في ميراثهم والشهادة على النفى لا تقبل ثم الورثة خلفاء الميت وهو لو أقام هذه البينة بنفسه لم يقبل منه فكذلك ممن يخلفه. قال ولو ادعي العبد ذلك وأقام البينة ثبت نسبه منه لانه يثبت حق نفسه بهذه البينة من الفراش عليها ونسب ولدها فوجب قبول بينته للاثبات ثم من ضرورته انتفاء النسب عن المولى لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ويعتق باقرار المولي لاقراره بحريته حين ادعي نسبه فان كان الاقرار منه فى المرض فالمعتق من الثلث في حق الغلام والامة جميعا لان نسب الولد لما لم يثبت لم يكن لها شاهد على ما أقر به المولي من حق الحرية لها فكان معتبراً من الثلث كما يعتبر عتق الغلام من الثلث وجعل ذلك كانشاء العتق منه فيهما ولو كان العبد غائبا توقف حكم هذه البينة حتى يحضر العبد فيدعى وينكر لان حكم البينة يختلف بدعوى العبد وانكاره فلابد من ان يجعل وقوفا على حضوره ولو ادعت الام النكاح أو ادعاه الغلام قبلت بينة التزويج لانها تقوم للاثبات فان النسب من حق الغلام فاذا البينة بالبينة من العبد كان مثبتا حق نفسه والام تثبت النكاح بينهما وبين العبد وذلك حقها. قال رجل طلق امرأته تطليقة بائنة فأقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً لم يثبت نسبه منه لان انقضاء العدة قد ظهر بخبرها فانها أمية شرعا فاذا جاءت بعد

ذلك لمدة يتوهم أن يكون من علوق حادث لم يثبت نسبه منه الا أن يدعيه فان ادعاه ثبت نسبه منه معناه اذا صدقته المرأة فان الحق لهما فيثبت بتصادقهما عليه فأما اذا كذبته لم يثبت النسب منه وان ادعاه لانه صار أجنبيا عنها وعن أولادها وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ انقضاء العدة ثبت نسبه منه لانا تيقنا ان العلوق به كان قبل أقرارها وانها كانت حبلى حين أقرت بانقضاء العدة فكان خبرها مستنكراً مردوداً وان كانت تزوجت ثم جاءت بولد لستة أشهر منذ تزوجها الآخر فهو للآخر لان تزويجها نفسها اقرار منها بانقضاء العدة وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى لم يثبت نسبه من الثانى لان العلوق سبق نكاحه وان كانت جاءت به لسنتين أو أكثر منذ طلقها الاول لم يثبت النسب من الاول أيضا لانه من علوق حادث بعد الفرقة فلا يثبت السسب منه الا أن يدعيه وتصدقه المرأة فى ذلك وان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول فهو ثابت النسب من الاول ولا يبطل النكاح بينها وبين الثانى وتأويل هذا فيما اذا لم تقر بانقضاء العدة أو أقرت به ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر منذ أقرت . قال رجل طلق امرأته الصغيرة ومات عنها فجاءت بولد فهذا على ثلاثة أوجه اما أن تدعي الحبل أو تقر بانقضاء العدة أو كانت ساكتة فان ادعت حبلا ثم جاءت بالولد لاقل من سنتين منذ مات الزوج أو فارقها ثبت النسب من الزوج لان دعواها الحبل اقرار منها بالبلوغ فهى والكبيرة سواء وان أقرت بانقضاء العدة عند مضى ثلاثة أشهر من الفرقة أو أربع أشهر وعشر منذ مات الزوج ثم جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً منذ أقرت لم يثبت النسب منه لانها عند الاقرار ان كانت بالغة فقد ظهر انقضاء العدة باقرارها وان كانت صغيرة فقد تيقنا بانقضاء عدتها بثلاثة أشهر في الفرقة وباربعة أشهر وعشر فى الموت فانما ولدت لمدة حبل تام بعد ذلك فلا يثبت النسب منه وان كانت ساكتة فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان جاءت به لستة أشهر فصاعدا منذ فارقها ولعشرة أشهر وعشرة أيام فصاعدا منذ مات لم يثبت النسب منه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله اذا جاءت به لاقل من سنتين كان النسب ثابتا منه لانها جاءت به لمدة يتوهم أن يكون من علوق فى حال قيام النكاح وهذا لان المراهقة بلوغها موهوم ولا يعرف ذلك الا من جهتها فاذا لم تقر بانقضاء العدة فهي والكبيرة سواء لان انقضاء عدتها بالشهور أن لا تكون حاملا وهذا الشرط لا يعلم الا من قبلها وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا

عرفناها صغيرة وما عرف ثبوته وجب التمسك به حتى يقوم الدليل على زواله وعدة الصغيرة تنقضي في الفرقة بثلاثة أشهر بالنص وفى الموت باربعة أشهر وعشر فاذا جاءت بالولد لمدة حبل تام بعد ظهور انقضاء عدتها لم يثبت النسب منه كما لو أقرت بانقضاء العدة فاما المرأة الكبيرة اذا مات عنها زوجها فان ادعت حبلا ثبت نسب الولد منه اذا جاءت به لاقل من سنتين وان اقرت بانقضاء العدة بعد أربعة أشهر وعشر لم يثبت نسب ولدها منه بعد ذلك اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا منذ أقرت وان كانت ساكتة ثبت نسب ولدها منه اذا جاءت به لاقل من سنتين عندنا وقال زفر رحمه الله لا يثبت النسب منه اذا جاءت به لعشرة أشهر وعشرة أيام فصاعدا منذ مات الزوج لان بمضى أربعة أشهر وعشر حكمنا بانقضاء عدتها بالنص اذا لم يكن بها حبل ظاهر فاذا جاءت بالولد لمدة حبل تام بعد ذلك لم يثبت النسب منه فى الصغيرة ولكنا نقول انقضاء عدتها بالشهور متعلق بشرط وهو أن لا تكون حاملا فان قوله عز وجل وأولات الاحمال أجلهن ناسخة لقوله تعالى يتربصن بانفسهن على ماقال ابن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد سورة النساء الطولى وهذا الشرط لا يعرف الا من قبلها فما لم يقر بانقضاء عدتها لا نجعل منقضية العدة بمضى أربعة أشهر وعشر بخلاف الصغيرة فان الصغر ينافى الحبل فانقضاء عدتها بمضى المدة مطلقا يجب الحكم به مالم يدع حبلا فلهذا فرقنا بين الفصلين ثم عند أبى حنيفة رحمه الله انما يثبت النسب ولد الكبيرة من الزوج الميت اذا شهد بالولادة رجلان أو رجل وامرأتان فاما بمجرد شهادة القابلة لا يثبت لانه ليس هنا حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا اقرار من الزوج بالحبل وعندهما يثبت النسب بشهادة القابلة وهى معروفة وان أقرت بانقضاء العدة بعد موت الرجل بيوم بسقط قد استبان خلقه فالقول قولها لانها أمينة أخبرت بما هو محتمل فان جاءت بولد بعد ذلك لستة أشهر لم يثبت النسب منه لاقرارها بانقضاء العدة ولو جاءت بولد ميت فقالت الورثة ولدته مساه وقالت هى كان حيا فشهدت على استهلاك الولد القابلة يقبل فى قول أبى ابوسف ومحمد رحمهما الله فى حكم الارث الصلاة عليه وعند أبى حنيفة رحمه الله فى حكم الصلاة عليه كذلك فامافى الميراث فلا تقبل الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين واستدل بقول على رضى الله عنه اذا استهل الصبي ورث فصلى وعليه فقد جمع بين الحكمين ثم أحد الحكمين هنا يثبت بشهادة القابلة لان الرجال لا يطلعون على تلك الحالة فكذلك الحكم الآخر وأبو حنيفة

يقول لان الاستهلال صوت تسمعه الرجال فلا يكون شهادة النساء فيه حجة تامة وان اتفق وقوعه فى موضع لا يحضره الرجال كجراحات النساء فى الحمامات الا ان الصلاة عليه من أمور الدين وخبر الواحد حجة فى أمور الدين فاما الميراث من باب الاحكام فتستدعى حجة كاملة وذلك شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .قال رجل طلق امرأته تطليقة رجعية فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فانكر الزوج ان تكون ولدت وقال انقضت عدتك وشهدت امرأة على الولادة لم يلزمه فى قول ابى حنيفة رحمه الله لانه ليس بينهما فراش قائم فلا تكون شهادة القابلة حجة لاثبات النسب عنده وعندهما يلزمه النسب بشهادة القابلة ولو قال الزوج للمطلقة الرجعية اخبرتك ان عدتك قد انقضت وكذبته فله أن يتزوج أربعة سواها وهى معروفة فان جاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت النسب من الزوج وبطل نكاح الاربع لانه غير مقبول القول فى حق الولد ولا فى حق المرأة والنسب من حقها فصار فى حق النسب كأن الاخبار منه لم يوجد واذا ثبت النسب تبين انها كانت حاملا حين أخبر الزوج بانقضاء عدتها فصار ذلك الخبر مستنكرا وتبين انها كانت فراشا له فانما تزوج الاربع وفراشه على الاول قائم فلايجوز الجمع بين خمس نسوة فى الفراش بحكم النكاح فلهذا بطل نكاح الاربع وان جاءت به لا كثر من سنتين من يوم طلقها فان كانت لاقل من ستة أشهر منذ أقرت بانقضاء العدة يلزمه النسب أيضا لان اقراره لا يكون أقوى من اقرارها ولو اقرت هى بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت النسب وصار مراجعا لها فكذلك هنا ومن ضروة ضرورته مراجعته لها بطلان نكاح الاربع فكذلك لو طلقها واحدة رجعية ثم أبانها أو بغيرها فهو مثل ذلك الا أن هذا لا تكون رجعة بحال فان قوله أخبرتنى ان عدتها قد انقضت اقرار بأن ذلك الواقع صار ثابتا ولكن ليس بانشاء للابانة فاذا بطل ذلك الاقرار يجوز أن يجعل مراجعا لها بخلاف ما اذا أنشأ الابانة فهذه مسئلة خلاف انه اذا جعل الواقع نصفه الرجعة ثانيا أو ثلاثا عند أبى حنيفة رحمه الله يصح ذلك كله منه وعند أبى يوسف رحمه الله يملك أن يجعلها ثانيا ولا يملك ان يجعلها ثلاثا وعند محمد رحمه الله لا يملك ان يجعلها ثانيا ولا ثلاثا فمحمد رحمه الله يقول الواقع من الطلاق قد خرج من ملكه وملك الصفة تملك الاصل فاذا لم يبق اصلها فى ملكه لم يبق صفتها فى ملكه ايضا وتصرفه فيما هو ليس بمملوك باطل وأبو يوسف رحمه الله يقول ذلك الواقع بعرض ان يصير ثانيا بانقضاء العدة فكذلك ثانيا بجعله

اياه ثابتاولكن الواحد قط لايصير ثلاثا فكان جعله الواحدة ثلاثا تصرفافي غير محله فلهذا كان لغواً وابو حنيفة رحمه الله يقول لا يملك جعل الواحدة ثلاثا حقيقة ولكن يملك ضم البنتين الى الواحدة بالايقاع لتصير ثلاثا كناية عن قوله اوقعت اثنتين على سبيل المجاز لتصحيح مقصوده كما جعلنا لفظة الخلع مجازاً عن ايقاع الطلاق فى الحال لتحصيل مقصوده بحسب الامكان . قال غلام محتلم ادعي على رجل وامرأة انهما ابواه واقام البينة علي ذلك وادعي رجل آخر وامرأته أن هذا الغلام ابنهما واقام البينة فبينة الغلام اولى بالقبول لان النسب حقه فهو يثبت ببينته ما هو حق له على من هو جاحد والاخوان يثبتان بالبينة ما هو حق الغلام وبينة المرء على حق نفسه اولى بالقبول من بينة الغير على حقه ولان الغلام فى يد نفسه وبينة ذى اليد في مثل هذا تترجح على بينة الخارج وكذلك لو كان الغلام نصرانيا واللذان ادعي الغلام أنهما أبواه نصرانيان اذا كان شهوده مسلمين لان ما أقام من الشهود حجة على الخصمين الآخرين وان كانا مسلمين فان (قيل) كان ينبغى ان تترجح بينة الآخرين لما فيه من اثبات الاسلام على الغلام (قلنا) اليد اقوى من الدين فى حكم الاستحقاق (ألا تري) ان اليد تثبت الاستحقاق ظاهراً اولا يثبت ذلك باسلام احد المدعيين فلهذا رجحنا جانب اليد ولوادعى الغلام انه ابن فلان ولد على فراشه من امته فلانة واقام البينة وقال فلان هو عبدى ولد من امتى هذه زوجتها من عبدى فلان واقام البينة على ذلك فهو ابن العبد لان العبد والمولى يثبتان نسبه بفراش النكاح وهو انما اثبت النسب بفراش الملك وفراش النكاح أقوي في اثبات النسب من فراش الملك (ألا ترى) ان النسب متى ثبت به لم يثبت بمجرد النفى واذا ثبت بفراش الملك انتفى بمجرد النفى والضعيف لا يظهر بمقابلة القوى والترجيح بما ذكرنا يكون عند المساواة فعند عدم المساواة جعلنا النسب من أقوى الفراشين وكذلك لو أقام العبد البينة انه ابنه من هذه الامة وهى زوجته وأقام المولى البينة أن ابنه منها فالبينة بينة العبد لما فيه من زيادة اثبات النكاح ولكون فراش النكاح أقوى من فراش الملك فى حكم النسب الا أنه يعتق باقرار المولى بحريته وتصير الجارية بمنزلة أم الولد قال ولو كان العبد والمولى ميتين فأقام الغلام البينة انه ابن المولى من أمته وهى ميتة وأقام ورثة المولى البينة على انه ابن العبد من أمة المولى زوجها المولى منه فانه يثبت النسب من المولى لانه ليس فى بينة الورثة هنا اثبات النكاح فقد انقطع ذلك بموتهما وكذلك لا يثبتون النسب لانفسهم انما يثبتون

للعبد ومقصودهم بذلك نفى النسب عن المولى والبينة على النفى لا تقبل وفى بينة العبد اثبات النسب والحرية والميراث فكان هو أولى . قال ولو ان رجلا مات وترك مالا فأقام الغلام المحتلم بينة انه ابن الميت من أمته فلانة ولدته في ملكه وأقر بذلك وأقام رجل آخر البينة ان الغلام عبده وأمه أمته زوجها من عبده فلان فولدت هذا الغلام على فراشه والعبد حى يدعى قضيت للعبد بالنسب وقضيت بالامة ان كانت حية للمدعى لان في الامة البينتين قامتا على مطلق الملك فبينة الخارج أولى وفى حق النسب الخارج والعبد بينتان يشبه بفراش النكاح وهو انه انما يثبت نسب نفسه بفراش الملك وفراش النكاح أقوى فلهذا كان العبد به أولى ولان العبد يثبت النكاح على الامة لنفسه بالبينة فوجب قبول بينته على ذلك واذا ثبت النكاح كان الولد ثابت النسب منه وان كان العبد ميتا أثبت نسب الغلام من الحر وهو الميت الذى أقام الغلام البينة على أنه ابنه من أمته هذه لان الخارج ليس يثبت النسب لنفسه انما يثبت للعبد والابن يثبت حق نفسه ولانه ليس في بينة الخارج هنا النكاح لان الزوج ميت والنكاح بموته مرتفع فبقى الترجيح من حيث أن فى أمية الغلام اثبات الحرية والميراث فهو أولى بالقبول وكذلك حق الامة تترجح هذه البينة للمدعى اثبات الملك فقط وفي هذه البينة اثبات الحرية لها بجهة أمية الولد فكان أولى . قال غلام وأمة فى يدى رجل فأقام الحر البينة ان هذا الامة أمته ولدت هذا الولد منه على فراشه وأقام ذو اليد البينة انها أمته ولدت هذا الغلام على فراشه فبينة ذى اليد أولى بالقبول لان البينتين استويا فى اثبات حقيقة الحرية للولد وحق الحرية للام وفى مثله تترجح بينة ذى اليد لان اثبات الولاء عليها دون الملك وقد استوي البينتان في الاثبات عليها فيترجح جانب ذى اليد وهذا اذا كان الغلام صغيراً أو كبيراً مصدقا لذى اليد فان كان كبيراً يدعى انه ابن الآخر فانى أقضى بالغلام والامة للمدعى لانه فى يد نفسه فاذا صدق المدعى كان هو كالمقيم لتلك البينة فيترجح جانبه لحقيقة اليد ولكونه مثبتا حق نفسه بالبينة فان النسب من حقه . قال حرة لها ولد وهما فى يد رجل فأقام آخر البينة انه تزوجها فولدت منه هذا الغلام وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك والغلام يدعى ان ذا اليد أبوه فانى أقضى ببينة ذى اليد أنه يترجح باعتبار يده فى دعوى النكاح عليها وفى دعوى النسب بدعى الغلام لانه ابنه لانه في يد نفسه فانما أثبت حق نفسه بتلك البينة وكذلك لو كان ذو اليد ذميا وشهوده مسلمون لما بينا ان ما أقام من البينة حجة على الخصم المسلم ولو أقام

البينة أنه تزوجها فى وقت وأقام ذو اليـد البينة على وقت دونه فانى أقضى بها للمدعى لان تاريخه اسبق وقد أثبت نكاحه فى وقت لا ينازعه الآخر فانما أثبت الآخر بعدذلك نكاح المنكوحـة وهو باطل ولو أقام ذو اليـد البينة انها امرأته تزوجها فولدت هـذا الولد على فراشه وأقام الخارج البينة انها أمته ولدت هـذا الغلام على فراشه منه فانى أقضى به للزوج وأثبت نسبه منه لما بينا انفراش النكاح يترجح على فراش الملك فى حكم النسب (ألا ترى) ان الحر أثبت ببينته ملك نفسه فى المرأة وليس بمقابلته ما يوجب حريتها من الحجة فيقضى بالامة ملكا للمدعى فيكون الولد حراً بالقيمة ان شهد شهود الزوج انها عرية من نفسها وان لم يشهدوا بذلك جعلت الامة وابنها مملوكين للمدعي لان الولد يتبع الام فى الملك والموجب لحرية الولد الغرور فاذا لم يثبت الغرور كان مملوكا للمدعى ثابت النسب من الزوج لان المدعى أقر انه ابنه فيعتق عليه باقراره فتكون امه بمنزلة أم الولد ولا يقال عند اثبات الغرور ينبغى ان لا يغرم الزوج قيمة الولد عند أبي حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة ولد ام الولد وانما عتق باقرار المدعى بحريته فان هذا يكون بعد ثبوت الرق فيه ولم يثبت فان ولد المغرور يكون حراً من الاصل فلهذا كان على الزوج قيمة الولد لمولاها . قال امة مع ولدها في يد رجل فأقام آخر البينة انها امة ابيه ولدت هذا الغلام على فراش أبيه في ملكه وابوه ميت واقام ذو اليد البينة انها امته ولدت هذا الولد منه على فراشه فى ملكه قضيت بالولد للميت الذي ليس فى يديه لان فى هذه البينة اثبات حقيقة الحرية لها وفى بينة ذي اليد اثبات رقها لان ام الولد لا تعتق الا بموت المولى والترجيح بالحرية اقوى من الترجيح باليـد فكيف يستقيم ان تكون أمة لذى اليد يطؤها بالملك وقد قامت البينة على حريتها فلهذا قضينا بولائها للميت ويكون الولد ثابت النسب منه لان وارثه يقوم مقامه في اثبات ما هو من حقه والله اعلم بالصواب

باب دعوى العتاق

(قال رحمه الله أمة ادعت انهـا ولدت من مولاها واقامت البينة وأقام آخر البينة انه اشتراها من مولاها أخذ بينة الولادة) لان فيه اثبات حق الحرية لها وحق الحرية كحقيقة الحرية فاذا اقترن بالشراء منع صحة الشراء وان كان المشترى قد قبضها فالجواب كذلك لان بينة الولادة سابقة معنى فان ثبوت أميـة الولد لها من وقت العلوق وذلك كان سابقا على

الشراء والقبض ولان فى هذه البينة زيادة اثبات نسب الولد وحريته وان وقتت بينة المشترى وقتا للشراء قبل الحبل بثلاث سنين أجزت الشراء وأبطلت النسب لانه ثبت الملك فيها للمشترى من وقت الذى أرخ شهوده فتبين انه استولد مالا يملكه فلهذا لا يثبت النسب وكذلك الوقت فى البيع والعتق والتدبير يؤخذ بالوقت الاول لانه لامزاحمة للآخر معه في ذلك الوقت. قال واذا أقام عبد البينة أن فلانا أعتقه وفلان ينكر أو يقر وأقام آخر البينة أنه عبده قضيت به للذى أقام البينة أنه عبده لان شهود العبد ماشهدوا بالملك للمعتق انما شهدوا بالعتق فقط والعتق يتحقق من المالك وغير المالك ولكن لاعتق فيما لا يملكه ابن آدم (ألا ترى) أن هذه البينة لا تعارض يد ذى اليد فان من ادعى عبدا فى يد انسان انه أعتقه وأقام البينة علي ذلك لا يقضى له بشئ فلئلا يكون معارضة لبينة الملك كان أولى وكذلك لو شهدوا انه أعتقه وهو فى يديه اذ ليس فى هذه الشهادة ما يوجب نفوذ العتق لان نفوذه بملك المحل لاباليد وكذلك لو شهدوا انه كان فى يده أمس لم تقبل هذه الشهادة لما ذكرنا ولو شهدو انه أعتقه وهو يملكه يومئذ أخذت ببينة العتق لان البينتين استوتا فى اثبات الملك وفى أحدهما زيادة العتق فكان أولى . قال ولو كان العبد فى يد رجل فادعى آخر أنه له وأقام العبد البينة أن فلانا كاتبه وهو يملكه وفلان جاحد لذلك أو مقر به فانه يقضي به للذي أقام البينة انه عبده لان بينته تثبت الملك لنفسه والعبد انما يثبت الملك لغيره ومن يثبت الملك لنفسه فبينته أولى بالقبول فان (قيل) العبد يثبت حق العتق لنفسه باثبات الكتابة (قلنا) لا كذلك فعقد الكتابة عندنا لا يوجب حق العتق للمكاتب ولهذا جاز عتق المكاتب عن الكفارة ولهذا احتمل عقد الكتابة الفسخ وانما الثابت للمكاتب بعقد الكتابة ملك اليد والبينة التى تثبت ملك اليد لا تعارض البينة التى تثبت ملك الرقبة. قال وان أقام الخارج البينة أنه عبده غصبه منه ذو اليد وأقام ذو اليد البينة انه عبده دبره أو أعتقه وهو يملكه فانه يقضي به عبدا للمدعى لان فى بينة المدعى مايدفع بينة ذى اليد وهو اثبات كونه غاصبا لامالكا والاعتاق والتدبير من الغاصب لايكون صحيحا وبينة ذى اليد على أصل الملك لا تكون معارضة لبينة المدعى وكذلك لو كان المدعى أقام البينة انه عارية له فى يد ذى اليد أو وديعة أو اجارة أو رهن قضى بالملك له لما بينا. قال عبد فى يدي رجل أقام آخر البينة أنه عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة انه عبده ولد فى ملكه فبينة المدعى أولى لانها تثبت الحرية

وبينة ذى اليد ثبت الرق فالمثبت للحرية من البينتين أولي(ألا ترى) انه لو ادعى الخارج انه ابنه ترجحت بينته لما فيها من اثبات النسب والحرية فكذلك هنا تترجح بينة لما فيها من اثبات الولاء الذى هو مشبه بالنسب مع الحرية وكذلك لو أقام الخارج البينة انه له ودبره فهو اولى لما فى بينته من اثبات حق الحرية وقد ذكر قبل هذا بخلاف هذا وقد بينا وجه الروايتين ثمة ولو كان شهود ذي اليد شهدوا انه اعتقه وهو يملكه فهو اولى من بينة الخارج على العتق لان المقصود هنا اثبات الولاء على العبد والولاء كالنسب وانما يثبت كل واحد منهما على العبد فلما استوت البينات في الاثبات ترجح جانب ذى اليد بيده وان شهد شهود ذى اليد بالتدبير وشهود المدعى بالعتق الثابت قضيت بالعتق الثابت لان فيها ابطال الرق والملك فى الحال ويترجح أرأيت لو كان امة لكانت توطأ مع قيام البينة على حريتها وكذلك لو اقام احد الخارجين البينة على العتق الثانى والآخر على التدبير فبينةالعتق اولى بالقبول لما بينا ولو أقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة أن الامة له كاتبها قضيت بها بينهما نصفان لان المكاتبة ليست فى يد واحد منهما بل هي في يد نفسها فتحققت المساواة بين البينتين فقضي بها بينهما فان (قيل) كان ينبغى ان يرجع الى قولها (قلنا) المكاتبة أمة ولا قول للامة فى تعيين مالكها بعد ماأقرت بالرق وان شهد شهود احدهما انه دبرها وهو يملكها وشهود الآخر انه كاتبها ويملكها فالتدبير اولى لانه يثبت حق الحرية وهو لازم لايحتمل الفسخ بخلاف الكتابة. قال ولو ادعت امةان ولدها من مولاها وانه آقر بذلك وارادت يمينه فلا يمين على المولى فى ذلك فى قول ابى حنيفة رحمه الله وعندهما عليه اليمين وهذه من المسائل المعدودة فان ابا حنيفة رحمه الله لايرى الاستحلاف فى النكاح والنسب والرجعة والفيء في الايلاء والرق والولاء لان النكول عنده بمنزلة البدل فلا يعمل فيه البدل لا يجرى فيه الاستحلاف وعندهما النكول بمنزلة الاقرار ولكن فيه ضرب شبهة فكل ما يثبت بالشبهات يجري فيه الاستحلاف والقضاء بالنكول وهى مسئلة كتاب النكاح وهنا دعواه على المولى دعوى النسب فلهذا قال ابو حنيفة لا يستحلف وكذلك لوادعت انها أسقطت من المولى سقطا مستبين الخلق لان حق امية الولد لها تبع لنسب الولد فكما لا يستحلف المولى عند دعوى النسب فكذلك فى دعوى امية الولد عنده وعندهما يستحلف فى ذلك كله لانه مما يثبت مع الشبهات ولو أقر المولى بذلك لزمه فيستحلف فيه اذا أنكر

وكذلك لو جاءت الزوجة بصبي فادعت انها ولدته وأنكر الزوج فنى استحلافه خلاف كما بينا وكذلك لو ان المولي أو الزوج جاء بصبي والدعى انها ولدته منه وأراد استحلافها فلا يمين عليها عنده وكذلك لو كان الابن هو الذى ادعى النسب على الاب أو الاب على الابن وطلب يمين المنكر فلا يمين فى الوجهين الا أن يدعي بذلك ميراثا قبل صاحبه فحينئذ يستحلف على الميراث دون النسب لان المال مما يعمل فيه البدل فيجوز القضاء فيه بالنكول بخلاف النسب واذا استحلفه فنكل قضي بالمال دون النسب لان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر وعند النكول انما يقضى بما جرى فيه الاستحلاف (ألا ترى) انه لو ادعى سرقة مال على رجل فاستحلف فنكل يقتضي بالمال دون القطع فهذا مثله وكذلك لو ادعي ميراثا بالولاء فهو ودعواه الميراث بالنسب سواء فيما ذكرناه . قال ولو ان رجلا ورث داراً من أبيه فادعى آخر انه أخوه لابيه قد ورث أباه معه هذه الدار وجحد ذو اليد ذلك لم يستحلف على النسب هنا بالاتفاق أما عند أبي حنيفة لايشكل وأما عندهما كل نسب لو أقر به لم يصح لايستحلف على ذلك اذا أنكره لما بينا ان النكول عندهما قائم مقام الاقرار والاخوة لا تثبت باقراره لو أقر بها فكذلك لايستحلف عليه بخلاف الابوة والبنوة ولكنه يستحلف بالله العظيم ما يعلم له فى هذه الدار نصيبا كما يدعى المال والاستحلاف يجرى فى المال الا أنه استحلاف على فعل الغير لانه يدعى الارث من الميت بسبب بينهما والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم لا على الثبات . قال جارية بين رجلين ولدت ولدين في بطنين فادعى أحدهما الاكبر ثم ادعى الآخر الاصغر لم تجز دعوة صاحب الاصغر لان العلوق بهما حصل فى ملكهما فحين ادعى أحدهما الاكبر صارت الجارية أم ولد له من حين علقت بالاكبر ثم الاصغر ولد أم ولده والشريك أجنبي عنه ومن ادعى ولد أم ولد الغير لم تصح دعوته ولو كان صاحب الاصغر ادعى الاصغر أولا يثبت نسبه منه لانها مشتركة بينهما مع الولدين حين ادعى مدعى الاصغر وما ادعاه يحتاج الي النسب فيثبت نسب الاصغر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه وتصح دعوة مدعى الاكبر للاكبر لانه نفى مشترك بينهما فان أمية الولد لها انما ثبت من حين علقت بالاصغر والاكبر منفصل عنها قبل ذلك فلهذا بقي مشتركا بينهما فان ادعاه مدعى الاكبر وهو محتاج الي النسب ثبت نسبه منه وضمن نصف قيمته لشريكه ان كان موسراً لانه مقصود بالدعوة

والاتلاف فتكون دعوته اياه بمنزلة اعتاقه ولم يذكر ان مدعى الاكبر هل يغرم شيئا من العقر وينبغي أن يغرم نصف العقر لانه أقر بوطء الامة حال ما كانت مشتركة بينهما فيغرم نصف العقر لشريكه وان لم يثبت أمية الولد لها من جهته . قال ولو كانت الدعوى منهما معا وهي أم ولد المدعى الاكبر لانه سابق بالدعوة معنى فان العلوق بالاكبر كان سابقا فصارت أم ولد له من حين علقت بالاكبر وفي القياس لا تصح دعوة مدعي الاصغر لانه ادعى ولد أم ولد الغير كما فى الفصل الاول ولكنه استحسن فقال بينة الاصغر من مدعى الاصغر لان وقت الدعوة كان الاصغر مشتركا بينهما في الظاهر محتاجا الي النسب وكذلك الجارية حين علقت بالاصغر كانت مشتركة بينهما في الظاهر فبعد ذلك انها كانت أم ولد لمدعى الاكبر صار مدعى الاصغر بمنزلة المغرور وولد المغرور حر بالقيمة فكان جميع قيمة الاصغر لمدعي الاكبر وذكر في بعض النسخ أن عليه جميع قيمة الاصغر لمدعى الاكبر وذكر في بعض النسخ ان عليه نصف العقر وليس بينهما اختلاف ولكن حيث قال عليه نصف العقر انما أجاب بالحاصل فان نصف العقر بنصف العقر قصاص وانما يبقى فى الحاصل نصف العقر علي مدعى الاصغر لمدعى الاكبر . قال رجل مات وترك ابنين وجارية فظهر بها حبل فادعى أحدهما ان الحبل من أبيه وادعى الآخر ان الحبل منه وكانت الدعوة منهما معا فالحبل من الذى ادعاه لنفسه لانه يحمل نسب الولد على نفسه وأخوه انما يحمل نسب الولد علي أبيه ومجرد قوله ليس بحجة فى اثبات النسب من أبيه فلهذا كان الذى ادعاه لنفسه أولى فان (قيل) الذي ادعى الحبل من أبيه كلامه أسبق معنى فينبغي أن يترجح بالسبق (قلنا) هذا ان لو كان قوله حجة فى اثبات العلوق من أبيه فى حياته وقوله ليس بحجة في ذلك ويغرم الذى ادعاه لنفسه نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه لانه يملكها بالاستيلاد علي شريكه فان (قيل) كيف يضمن لشريكه وقد أقر الشريك انها حرة من قبل الميت (قلنا) لان القاضي كذبه فى هذا الاقرار حين جعلها أم ولد للآخر والمكذب في اقراره حكما لا يبقى اقراره حجة عليه كالمشترى اذا أقر بالملك للبائع ثم استحق من يده رجع عليه بالثمن وكذلك ان كان الذى ادعاه لنفسه سبق بالدعوة وان كان الذى ادعى الحبل للأب بدا بالاقرار لم يثبت من الاب بقوله ولكن يعتق عليه نصيبه من الام ومما في بطنها لاقراره بحريتها ويجوز دعوة الآخر ويثبت نسب الولد منه لانه محتاج الى النسب والنصف منه باقي على ملكه فان اقرار الاول ليس بحجة في ابطال

ملكه وأكثر ما فيه انه صار كالمستسعى عند أبي حنيفة رحمه فتصح دعوته فيه ولا يضمن من قيمة الام شيئا لانه لا تملك على شريكه نصيبه من الام فقد عتق نصيبه من الام بالاقرار السابق ويضمن نصف عقرها ان طلب ذلك أخوه لانه أقر بوطئها سابقا على اقرار أخيه وهي مشتركة بينهما فى ذلك الوقت فيكون مقرا بنصف العقر لاخيه بسبب لم يبطل ذلك السبب باقرار أخيه فكان له أن يصدقه فيستوفي ذلك منه ان شاء. قال عبد صغير بين رجلين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر فهو ابنه في قول أبي حنيفة رحمه الله لان عنده العتق يتجزى تقضيت للآخر بادعاء ملكه فلهذا صحت دعوته ونصف ولائه للمعتق باعتاقه فان ثبوت نسبه من الآخر لا ينتفي ما صار مستحقا من الولاء للاول ويستوى ان كان ولد عندهما أولم يولد وان كان الغلام كبير فاقر بذلك فهو ثابت النسب من المدعى فاذا ادعاه الذى أعتقه الآخر فان جحد ذلك لم يجز دعوة الذى لم يعتقه لان نصيبه باق على ملكه وهو بمنزلة المكاتب له فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله العتق لا يتجزى فلا يجوز دعوة واحد منهما الا بتصديق الغلام له فى ذلك. قال واذا تصادق الرجل والمرأة الحرة فى يد أحدهما انه ابنهما والمرأة امرأة الرجل لان مطلق اقرارهما بنسب الولد محمول على ولد صحيح بينهما شرعا وهو النكاح فكان تصادقهما على نسب الولد تصادقا منهما على النكاح بينهما ومطلقه ينصرف الى النكاح الصحيح فان كانت المرأة لا تعرف أنها حرة فقالت أنا أم ولد لك وهذا ابنى منك وقال الرجل هو ابنى منك وأنت امرأتى فهو ابنهما لتصادقهما على نسب الولد ولكنها أقرت له بالرق وهو كذبها فى ذلك فلم يثبت الرق عليها وهو قد ادعى عليها النكاح وهى قد كذبته فلا يكون بينهما نكاح ولكن بتكاذبهما فى السبب المثبت للفراش لا يمنع العمل بما تصادقا عليه مما هو حكم الفراش وهو ثبوت نسب الولد منهما وكذلك لو ادعت انها زوجته وقال الرجل هى أم ولدى فهذا والاول سواء لما بينا ولو قال الرجل هذا ابنى منك من نكاح وقالت صدقت هو من نكاح فاسد لا يقبل قولها في ذلك لان حقيقة الاختلاف بينهما في دعوى صحة النكاح وفساده وتصادقهما على أصل النكاح يكون اقرارا منهما بصحته فلا يقبل قول من يدعى الفساد بعد ذلك لكونه مناقضا ولو قال الزوج هو من نكاح فاسد وقالت المرأة هو من نكاح صحيح فنسب الولد ثابت وسئل الزوج عن الفساد ماهو فاذا أخبر بوجه من وجوه الفساد فرق بينهما باقراره بأنها محرمة عليه فى الحال وجعل ذلك بمنزلة ايقاعه الطلاق

البائن حتى يكون لها نفقة العدة لان قوله فى فساد اصل العقد غير مقبول لما بيناولكنه متمكن من أن يفارقها فيجعل اقرره بذلك كانشاء التفريق والله أعلم بالصواب

باب الغرور

(قال رحمه الله ذكر عن يزيد بن عبد الله بن قصيط قال أبعت أمة فابت بعض القبائل فانتمت الى بعض قبائل العرب فتزوجها رجل من بنى عـذرة فنثرت له ذا بطنها ثم جاء مولاها فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقضي بها لمولاها وقضى على أن الولد أن تفدي الاولاد الغلام بالغلام والجارية بالجارية وفى هذا دليل أن ولد المغرور يكون حرا بعوض يأخذه المستحق من المغرور فأخـذ بعض العلماء رحمهم الله بظاهره فقالوا مضمون بالمثل الغلام بالغلام والجارية بالجارية وعندنا هو مضمون بالقيمة وتأويل الحـديث الغـلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية والمراد المماثلة فى المالية لافي الصورة) فانه ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثـل كما قال صـلى الله عليه وسـلم فى العبد بين اثنين يعتقه احدهما ان كان موسرا ضمن نصف قيمته نصيب شريكه وهكذا روى عن عمر رضى الله عنه وهو تأويل حديث على رضى عنه الذى ذكره بعدهذا عن الشعبي رحمه الله أن رجلا اشترى جارية فولدت منه فاستحقها رجل ورفع ذلك الى على رضى الله عنـه فقضي بالجارية لمولاها وقضي للمشترى على البائع أن يفيك ولده بما عز وهان ولم يردبقوله تقضيباولادها لمولاها أن يسـلم الاولاد اليـه وانما المراد جعل الاولاد فى حقهم كانهم مملوكين له حيث أوجب له القيمة على المغرور وأضاف ذلك الي البائع بطريق أن تعود الضمان عليـه فان المشـتري يرجع على البائع بما غرم من قيمة الاولاد ومعنى قوله بما عزوهان بالقيمة بالغة ما بلغت وهو الاصل عنـدنا وفى ولد المغرور فانه فى حق المغرور هو حر الاصـل وفي حق المستحق كانه رقيق مملوك له بملك الاصل وهو الجارية لانه لاوجه لايجاب الضمان له الا هـذا فان الماء غير متقوم ليضمن بالاتلاف وانما يضمن المملوك بالمنع فيصير المغرور مانعا للولد بما ثبت فيـه من الحرية حقاله وهـذا لان النظر من الجـانبين واجب والنظر فى جانب المغرور فى حرية الولد لانه لم يرض برق مائه والنظر فى جانب المسـتحق في رق الولد لـكنه لا يبطل

ملكه عما هو جزء من ملكه فيجب ضمان المالية على المغرور بمنعه بعد الطلب ولهذا اعتبر قيمته وقت الخصومة حتى أن من مات من الاولاد قبل الخصومة لم يضمن من قيمته شيئا لان المنع انما يتحقق بعد الطلب اذا عرفنا هذا فنقول أمة غرت رجلا فأخبرته انها حرة فتزوجها على ذلك فولدت ولداً ثم أقام مولاها البينة انها أمته وقضى بها له فانه يقضي بالولد أيضا لمولى الجارية لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق المتولد منه فانه في حكم الجزء له وقد ظهر هذا السبب عند القاضي ولم يظهر ما يوجب حرية الولد وهو الغرور الا أن يقيم الزوج بينة أنه تزوجها على انها حرة فان أقام البينة على هذا فقد أثبت حرية الاولاد فكان الولد حراً لا سبيل عليه وعلى أبيه قيمته وادعى ماله حالا وقت القضاء به دون مال الولد لان السبب هو المنع وجد من الاب دون الولد ولا ولاء للمستحق على الولد لانه عاق جزء الاصل وانما قدرنا الرق فيه لضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعد وموضع الضرورة وان مات الولد قبل الخصومة فليس على الاب شيء من قيمته لان الولد لو كان مملوكا على الحقيقة لم يكن مضمونا فان ولد الغصب أمانة عندنا فان لم يكن مملوكا أولى أن لا يكون مضمونا وان قتل الابن فأخذ الجارية فعليه قيمته للمستحق الديه بدل نفسه ومنع البدل كمنع الاصل فيتحقق به السبب الموجب للضمان وان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يوجد بالقيمة لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقبول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل ويكون منعه قدر قيمة الولد كمنع الولد في القضاء للمستحق عليه بالقيمة فلو كان للولد ولد يحرز ميراثه وديته تخرج من الديه أو دونها قضيت على الاب بمثل ذلك لتحقق المنع في البدل ولا يقضى به في الدية ولا في تركة الابن لان هذا الضمان مستحق على الاب بمنعه الولد بالحرية وانما يقضي من تركة الابن ما يقرر دينا على الابن فان كان الاب ميتا قضي به في تركته لانه دين على الاب فيستوفى من تركته وان كان على الاب دين خاص مستحق للغرماء بقيمة الولد لان دينه مثل دينهم وان لم يكن للاب بينة انه تزوجها على حرة فطلب يمين المستحق على علمه حلفته على ذلك لانه يدعى مالو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف عليه ولكنه استحلاف على فعل الغير وكان على العلم لا على البتات . قال ولو استولدها على شراء أو هبة أو صدقة أو وصية أخذ المستحق الجارية وقيمة الولد لان الموجب للغرور ملك مطلق للاستيلاد له

فى الظاهر وهو موجود وما هو الظاهر ولوكان حيقة كان الولد حراً فباعتبار الظاهر يثبت حرية الولد أيضا ويرجع الاب على البائع بالثمن وقيمة الولد لان المبيع لم يسلم له وبعقد المعاوضة استحق سلامتها له سليمة عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق فيكون له أن يرجع بما يغرم بهذا السبب على البائع ولا يرجع عليه بالعقر عندنا وعند الشافعى يرجع بالعقر كما يرجع عليه بقيمة الولد لانه ضمان لزمه بسبب فوت السلامة المستحقة له بالعقد ولكنا نقول انما لزمه العقر عوضا عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم المستوفى له مجانا والوطء فى ملك الغير لايجوز أن يسلم للواطئ مجاناولا يرجع على الواهب والمتصدق والوصي بشئ من قيمة الاولاد عندنا وعند الشافعى له ذلك لانه الغرور قد تحقق منه بايجابه الملك له فى المحل واختيار انها مملوكته سواء كان بعوض أو بغير عوض ولكنا نقول مجرد الغرور لا يكفى لاثبات حق الرجوع فان من أخبر انسانا أن هذا الطريق أمن وسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه لم يرجع على المخبر وانما ثبوت حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضة لان صفة السلامة تصير مستحقة به فأما بعقد التبرع لا تصير صفة السلامة مستحقة به ولهذا لا يثبت فيه حق الرد بالعيب فلم يكن له أن يرجع على المتبرع بقيمة الاولاد وهذا لان عقد التبرع لا يكون سببا لوجوب الضمان على المتبرع للمتبرع عليه (ألا ترى) أن الملك لا يحصل به قبل التسليم . قال وان كان المشتري باعها من غيره فولدت منه ثم استحقها رجل يرجع المشترى الثانى على بائعه بقيمة الولد وللمشترى الاول أن يرجع على بائعه بالثمن وليس له أن يرجع بقيمة الولد عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد أن يرجع بقيمة الولد على بائعه * حجتهما فى ذلك أن المشترى الاول أوجب الملك فيها للغير فيجعل الاستيلاد على من أوجب له الملك فيها بمنزلة استيلاده بنفسه وهذا لان الرجوع بفوت صفة السلامة الذى صار مستحقا بالعقد وهذا كما تقرر بين المشتري الاول والثانى فقد تقرر بين المشترى الاول والبائع (ألا تري) ان المشترى الاول والثانى لو ردها بالعيب كان للمشترى الاول ان يردها على بائعه فكذلك اذا رجع عليه بقيمته وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان المشترى الاول ان شاء بايجابه الملك فيها لغيره بالبيع فرجوع المشتري عليه بما أنشأه من الغرور لا بالغرور الذى سبق من البائع فصار ما أنشأه من الغرور ناسخا لغرور البائع الاول وهو نظير من حفر بئراً على قارعة الطريق فألقى انسان غيره فيه كان الضمان على الملقي ولا يرجع به على الحافر فهذا مثله * يوضحه أن

الرجوع بقيمة الولد بمنزلة الخصومة في العيب والمشترى انما يخاصم البائع في العيب اذا كان المستفاد من قبله قائما له وهنا قد انفسخ ذلك الملك بملك المشترى الثانى ولم يعد اليه بالرجوع بقيمة الولد عليه بخلاف ما اذا رد عليه بالعيب لان الملك المستفاد له من جهة البائع قد عاد اليه ونظير هذه المسئلة ما ذكر فى آخر الصلح أن المشترى الثانى اذا وجد بالمبيع عيبا وقد تعذر رده بعيب حديث عنده ورجع على بائعه بنقصان العيب لم يكن لبائعه أن يرجع بالنقصان على البائع فى قول أبى حنيفة لان المستفاد له من قبله لم يعد اليه وعندهما يرجع على البائع الاول بما غرم للمشترى الثانى من نقصان العيب لان الرجوع بالنقصان عند تعذر رد العين بمنزلة الرد بالعيب عند الامكان ٠ قال رجلان اشتريا جارية فوهب أحدهما نصيبه من شريكه فولدت ثم استحقها رجل فانه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها ولم يرجع الاب بنصف الثمن ونصف قيمة الولد على البائع لانه يملك نصفها من جهته بحكم المعاوضة والجزء معتبر بالكل ولا يرجع على الواهب بشئ من قيمة الولد لانه يملك النصف من جهته بعقد التبرع ولكن الواهب يرجع بنصف الثمن على البائع لان استحقاقها على من استفاد الملك فيها من جهة الواهب يكون استحقاقا على الواهب فيرجع بثمن ما استحق عليه على البائع ولم يغرم الواهب من قيمة الولد شيئا ليرجع به على البائع. قال ولو كانت أمة بين رجلين فولدت فادعاه أحدهما وغرم نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه ثم استحقها رجل قضى له بها وبقيمة الولد والعقر للمستحق لان الغرور يتحقق بقيام الملك له فى نصفها ظاهرا فان الاستيلاد باعتبار هذا القدر صحيح فى اثبات حرية الاصل للولد ثم يرجع على البائع بنصف الثمن ونصف قيمة الولد لما بينا ويرجع على شريكه بما أعطاه من نصف قيمتها ونصف عقرها لانه تبين أنه لم يتملك على شريكه نصيبه ولم يحصل وطؤه فى ملكه ولا يرجع على شريكه بشئ من قيمة الولد لانه ما كان مغرورا من جهة شريكه فان تملكه على شريكه ما كان باختيار منه ويرجع الشريك على بائعه بنصف الثمن لاستحقاق المبيع عليه. قال واذا تزوج المكاتب أو العبد امرأة حرة باذن مولاه فولدت له ثم استحقت وقضى بها للمستحق فالولد رقيق فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر وفى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله حر بالقيمة وهى مسئلة كتاب النكاح ان العتق بسبب الغرور عند محمد وذلك متحقق فى حق العبد كما هو فى حق الحر وعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله المخلوق من ماء رقيقين

لا يكون حرا وقد بينا بعض هـذا فيما سبق . قال وكذلك اذا صار المكاتب مغرورا بالشراء فهو على هذا الخلاف الا أن عند محمد هناك الولد يكون حرا وهنا يكون بمنزلة أبيه مكاتبا . قال رجل اشترى أم ولد لرجل أو مكاتبة أو مدبرة من أجنبي فوطئها فولدت ثم استحقها مولاها قضى له بهـا وعلى أب الولد قيمة الولد لمولى المدبرة وأم الولد بسبب الغرور ولا يقال ولد أم الولد لا مالية فيه عند أبي حنيفة رحمه الله كامه فكيف يضمن بالغرور لان هـذا بعد ثبوت أمية الولد ولم يثبت فى الولد لانه علق حر الاصل فلهذا كان مضمونا بالقيمة وعلى الاب قيمة الولد للمكاتبة . قال لان الذى غره منها وانما أراد به انه اذا كان الغرور منها لا يستوجب قيمة الولد وفيـه قولان لابى يوسف معروف فى كتاب العتاق فأما اذا كان الغرور من غـيرها وجب على الاب قيمـة الولد ويكون ذلك للمكاتبـة لانها كانت أحق بولدها لكونه جزءا منها فكذلك ببدل ولدها . قال مكاتب أو عبد مأذون باع أمة فاستولدها المشترى ثم استحقت رجع أب الولد بقيمة الولد على بائعـه لان الرجوع بقيمة الولد لاستحقاق صفة السـلامة له بعقد المعاوضة على البائع والمكاتب والمأذون فى هذا كالحر لان ضمان التجارة بمنزلة الرد بالعيب والرجوع بنقصان العيب عند تعذر الرد عليه . قال رجل ورث أمة من أبيه فاستولدها ثم استحقت كان الولد حرا بالقيمة لتحقق الغرور في حق الوارث فانمـا استولدها على أنها مملوكة اذا لم يكن عالمـا بكونهـا مستحقة ثم يرجع بالثمن وبقيمة الولد على الذى كان باعها من المورث لانه يخلف المورث فى ملكه فانما يصل اليه الملك الذى كان لمورثه لأن يكون ذلك ملكا جـديدا له (ألا ترى) أنه يرده بالعيب ويكون فيـه كالمورث فكذلك الرجوع بسبب الغرور وهـذا بخلاف الموصي له ثم استولدها ثم استحقت لا يرجع على بائع الموصي له بعقد متجدد وذلك الملك غـير الملك المستفاد من البائع ببيعه ولهذا لا يرده عليـه بالعيب فكذلك لا يرجع عليه بضمان الغرور . قال رجل أقر فى مرضه أن هذه الجارية وديعة عنده لفلان وعليه دين محيط بماله أو ليس عليه دين فاستولدها الوارث بعد موته وقد علم باقرار الاب ثم استحقت ببينة فانه يقضى للمستحق بهـا وبولدها مملوكين له لان الوارث غـير مغرور هنا فانه أقدم على استيلادها مع علمه أنها غير مملوكة له لانها لم تكن مملوكة لمورثه فصار راضيا برق مائه وكان الولد ملكا للمستحق وان لم يقر المريض بها لغيره وكان عليه دين محيط بماله فاستولدها الوارث قيمة الولد والعقر لانه بمنزلة المغرور فيها فان الاختلاف

بين العلماء رحمهم الله ظاهر فى وقوع الملك للوارث فى التركة المستغرقة بالدين فمن يقول لا يملك يقول سبب الملك له فيها تام حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر ولو أعتقها ثم سقط الدين نفذ عتقه ولو كانت أمه فتزوجها لم يصح النكاح فعرفنا أن الغرور قد تحقق فكان ولده حرا بالقيمة وتباع الامة فى الدين ان استغرقت التركة بالدين يمنع عتق الوارث فيها فكذلك يمنع ثبوت حق الحرية من جهة الوارث فيها ووجوب العقر عليه لان هذا وطء حصل فى غير ملكه وقد سقط الحد لشبهة فيغرم العقر فان أقام رجل البينة انها له قضيت بها له وبقيمة الولد والعقر لما بينا ولو كانت الامة للميت وعليه دين لا يحيط بقيمتها فوطئها الوارث فولدت منه وضمن قيمتها وعقرها لان الدين اذا لم يكن محيطا بالتركة لا يمنع ملك الوارث فيصح استيلاده فيها ولكن حق الغريم مقدم علي حقه ويغرم قيمتها لحق الغريم لانه صار مستهلكا لماليتها على الغريم بالاستيلاد قال ويغرم عقرها قال عيسى رحمه الله هذا غلط فان الاستيلاد حصل فى ملكه فلا يكون موجبا للعقر عليه اذا كان في قيمتها وفاء بالدين وزيادة فلم يغرم العقر ولماذا يغرم ولكنا نقول تأويل المسئلة أن الورثة كانوا عددا فكان هذا استيلاد الشركاء للجارية المشتركة وهو موجب للعقر والقيمة باعتبار ملك الشركاء وفى بعض الروايات وهو قول بشر يقدر الدين ولا يصير ملكا للوارث أيضا فلهذا لزمه قيمتها وعقرها يقضى من ذلك الدين أولا وما بقى فهو ميراث بين الورثة يسقط عنه من ذلك بقدر حصته ولا يضمن قيمة الولد هنا لانها بمنزلة الجارية المشتركة وقد بينا أن أحد الشركاء اذا استولد الجارية المشتركة لم يغرم من قيمة الولد شيئا. قال رجل اشترى جارية مغصوبة وهو يعلم أن البائع غاصب أو تزوج امرأة أخبرته أنها حرة وهو يعلم انها كاذبة فاستولدها كان الولد رقيقا لانعدام الغرور حين كان عالما بحقيقة الحال ولانه رضى برق مائه حين أستولدها مع علمه انها مملوكة لغيره ولو اشتراها من رجل وهو يعلم انها لغيره فقال البائع أن صاحبها وكلنى ببيعها أو مات وقد أوصى الى فاستولدها ثم جاء صاحبها وأنكر الوكالة والوصايا فانه يأخذها جاريته لان ملكه فيها معلوم واذنه فى بيعها لم يصح حين أنكره ويأخذ عقرها وقيمة ولدها لان الغرور قد تحقق بما أخبره البائع به فان ما أخبر به لو كان حقا كانت هى مملوكة للمشترى فهذا وقوله انها ملكى سواء فى أنه يلتزم سلامتها له فاذا غرم قيمة الولد رجع به على البائع مع الثمن لانه لم يسلم له ما التزم ولو اشترى الوكيل لموكله جارية فاستولدها الموكل ثم

استحقت أخذها الموكل المستحق وعقرها وقيمة ولدها من المستولد ويرجع بالثمن وقيمة الولد علي البائع والوكيل هو الذي يلي خصومته فى ذلك لان البائع التزم بالعقد صفة السلامة والوكيل له اليد (ألا ترى) أن الخصومة فى العيب للبائع دون الموكل فكذلك الخصومة فى الرجوع بالثمن وقيمة الولد على الوكيل فان قال البائع لم أبع من أب الولد شيئا أو قال لم أشتر هذا منى له فأقام الوكيل البينة انه اشتراها لفلان بأمره فالثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان لم يشهدوا بأمره ولكن شهدوا على اقرار المشترى انه اشتراها لفلان بماله فان كان اقراره بهذا قبل الشراء وشهد الشهود بذلك فهو وما سبق سواء لانا لو سمعنا اقراره فى ذلك الوقت كان الشراء موجبا الملك للموكل فكذلك اذا ثبت ذلك بالبينة وان شهدوا انه أقر بذلك بعد الشراء قبل أن تلد وبعده لم يصدق على البائع لان شراءه موجب الملك له فكل أحد عامل لنفسه بتصرفه حتى يقوم الدليل على أنه يعمل لغيره باقراره بعد ذلك فى حق البائع بمنزلة الايجاب المبتدإ لانه غير مصدق فى هذا الاقرار فى حقه ولو ملكه ابتداء من هذا المستولد لم يكن له خصومة مع البائع فى الرجوع بقيمة الولد عليه بعد ذلك فكذلك هنا . ولو استولد جارته فاستحقها رجل فقال المستولد اشتريتها من فلان بكذا وصدقه فلان وكذبهما المستحق فالقول قول المستحق لان سبب ملك الولد ظاهر وهو استحقاق الجارية والآخران يريدان ابطال ملكه فى الولد بقولهما فلا يصدقان على ذلك ولكن يحلف المستحق بالله مايعلم أنه اشتراها منه لانه لو أقر بذلك كان الولد حرا فاذا أنكر يستحلف عليه ولو أنكر البائع وصدقه المستحق فالولد حر لاقرار المستحق بحريته وعلى الاب قيمته لاقراره على نفسه بالقيمة للمستحق ولا رجوع لهما علي البائع لان قولهما ليس بحجة عليه ولو أنكر البائع والمشتري وأقر به المستحق عتق الولد باقراره لانه ملكه فى الظاهر ولا قيمة له على الاب لانه مدعى لنفسه عليه بالقيمة فلا يستحقه الا بحجة . قال رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوى ألفى درهم فاستولدها المضارب ثم استحقت فالولد حر بالقيمة لان المضارب كان مالكا نصفها فى الظاهر قدر حصته من الربح فيتحقق الغرور بسبب ثم يرجع المضارب على البائع بالثمن فيكون علي المضاربة كما كان ويرجع عليه أيضا بربع قيمة الولد لان رجوعه باعتبار ملكه الظاهر وذلك كان بقدر الربع فيرجع به على البائع ويكون ذلك له خاصة ولا يكون على المضاربة لانه عوض عما أدى والمؤدى لم يكن

من مال المضاربة ولو لم يكن فى الام فصل أحد المستحق الولد مع الام ولم يثبت نسبه من المضارب لانه استولدها ويعلم له أنه لا يملك شيئا منها فكان لا يثبت به النسب والولد رقيق لانعدام التوارث حين كان عالما بحالها وان كان هو الذى استولدها فان لم يكن فيها فصل كان الولد حرا وعليه قيمته للمستحق لانها مملوكة لرب المال فى الظاهر والمضارب اشتراها له بأمره فهذا وفصل الوكيل سواء فيكون الولد حرا بالقيمة ويرجع على البائع بالثمن وقيمة الولد والذى يلى خصومة البائع فى ذلك المضارب فيكون الثمن على المضاربة وقيمة الولد على رب المال وان كانت الجارية تساوي الفين فالرجوع على البائع بثلاثة أرباع قيمة الولد لان المملوك للمستولد من جهته كان هذا المقدر وهو قدر رأس المال وحصته من الربح فانما يرجع بهذا القدر من قيمة الولد فيكون لرب المال خاصة ويرجع بالثمن فيكون على المضاربة. قال رجلان اشتريا من وصى يتيم أمة فاستولدها أحدهما ثم استحقت قضي له بها وبقيمة الولد على الاب ويرجع الاب بنصف تلك القيمة على الوصى لانه يملك نصفها من جهة الوصي ببيعه فبقدره يرجع عليه من قيمة ولدها ثم يرجع به الوصى في مال اليتيم لانه كان عاملا لليتيم فى ذلك فاذا لحقه عهدة يرجع به عليه وكذلك لو كان البائع أب الصبى فهو والوصى فى حكم الرجوع سواء وكذلك لو كان البائع وكيلا أو مضاربا اذا كان فى المضاربة فصل لم يرجع على رب المال من قيمة الولد الا بقدر رأس المال وحصته من الربح لانه فى ذلك القدر عامل له وفى حصة نفسه من الربح عامل لنفسه فلا رجوع به له على رب المال. قال ولو كفل رجل للمشترى بما أدركه من درك لم يرجع المشترى على الكفيل بقيمة الولد لان هذا ليس بدرك فى الجارية انما يفوت بهذا ما التزم بصفة السلامة فكان بمنزلة عيب يجده بها فيردها وهناك لا يرجع على الكفيل بشيء كذلك هنا لا يرجع علي الكفيل بشيء من قيمة الولد. قال واذا غرت الامة من نفسها رجلا أخبرته أنها أمة لهذا الرجل فاشتراها منه واستولدها ثم استحقت رجع أب الولد بالثمن وقيمة الولد على البائع دون الامة لان الرجوع باعتبار التزام صفة السلامة بعقد المعاوضة والبائع هو الذى التزم ذلك للمشترى دون الامة انما الامة أخبرته بخبر كذب ومجرد هذا الخبر لا يلزمه ضمان قيمة الولد كما بيناه. قال حرة ولدت ولدين فى بطن واحد وكبرا واكتسبا مالا ثم مات أحدهما وترك ابنا ثم جاء رجل وادعي انه زوج المرأة وأنهما ابناه فأقرت المرأة بذلك حجد الابن الباقى وابن الابن فان الرجل والمرأة يصدقان على أنفسهما دون غيرهما فيثبت

النكاح بينهما بتصادقهما ويدخل في نصيب المرأة من الميراث لاقرارهما انهما يستويان في ذلك فان من ترك أبوين وابنا فللابوين السدسان فلهذا قسم مافى يدها بينهما نصفان فان أقر ابن المرأة بدعوة الرجل ثبت نسبه باقراره ومن ضرورة ثبوت نسبه ثبوت نسب الآخر لانهما توأم فيثبت نسبهما ولكنه لا يرث بهذا مع ابن الميت شيئا لان الابن الباقى غير مستحق لشيء من ميراث الميت فتصديقه فى حكم الميراث وتكذيبه سواء لان الميراث مال ينفصل عن النسب فى الاستحقاق ثبوتا وسقوطا (ألا ترى) ان عبد الرق واختلاف الدين والنسب ثابت ولا ميراث واذا أقر أحد الاخوين بأخ آخر فالشركة فى الميراث ثابتة ولا نسب وما كان طريق ثبوته الضرورة فالمعتبر فيه الجملة فاذا كان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر فى الجملة لم يستحق الميراث باقراره وان ثبت نسبه وان أقر ابن الميت بدعوة الرجل وقد احتلم ثبت نسبهما جميعا منه لانه فى هذا التصديق قائم مقام أبيه وثبوت نسب أخيه يقتضى ثبوت نسب الآخر ضرورة ويرث معه الرجل لان الحق فى الميراث له وقد أقر بأن سدسا من الميراث وهو خمس مافى يده للاب فيؤمر بتسليمه اليه . قال ولو ان أمة ولدت ولدين فى بطن واحد فاشترى رجل أحدهما وأعتقه ثم مات المعتق فورثه مولاه ثم اشترى رجل آخر الابن الباقى مع أمه فادعى انه ابنه ثبت نسبه منه وان كان كبيرا لا يقر بذلك الا عبد له فلا حاجة الى تصديقه فى اثبات النسب منه ويثبت نسب ولد الميت أيضا منه ولا يكون له الميراث الذى أخذه المولى لما بينا انه ليس من ضرورة ثبوت النسب استحقاق المال وانما أورد هذا الفصل ايضاحا لما سبق فانا لو قلنا يستحق المال على المولى بهذا الطريق كان يقدر كل واحد على ابطال حق المولى عن الميراث المستحق له بأن يشترى الابن الآخر فيدعي نسبه وهذا بعيد وفيه من الضرورة مالا يخفى فقلنا لا يستحق المال وان ثبت نسب الآخر منه ضرورة والله أعلم بالصواب (قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله إملاء اعلم بأن الاقرار خبر متمثل متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا باعتبار ظاهره والمحتمل لا يكون حجة ولكنه جعل حجة بدليل معقول وهو أنه ظهر رجحان جانب الصدق على جانب الكذب فيه لانه غير متهم فيما يقر به على نفسه ففى حق الغير ربما تحمله النفس الامارة بالسوء على الاقرار به كاذبا وربما يمنعه عن الاقرار بالصدق وفى حق نفسه النفس الامارة

بالسوء على الاقرار به كاذبا وربما ينفعه عن الاقرار بالصدق وفى حق نفسه النفس الامارة بالسوء لا تحمله على الاقرار بالكذب وربما تمنعه على الاقرار بالصدق فلظهور دليل الصدق فيما يقربه على نفسه جعل اقراره حجة واليه أشار الله تعالى في قوله بل الانسان على نفسه بصيرة. قال ابن عباس رضي الله عنهما أي شاهد بالحق والدليل على انه حجة شرعا قوله تعالى وليملل الذى عليه الحق فأمر من عليه الحق بالاقرار بما عليه دليل واضح على انه حجة والنهى عن الكتمان فى قوله تعالى ولا يبخس منه شيئا وليتق الله ربه دليل على ان اقراره حجة كما ان الله تعالى لما نهى عن كتمان الشهادة كان ذلك دليلا على ان الشهادة حجة فى الاحكام ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا رضي الله عنه حين أقر على نفسه بالزنا وقال صلى الله عليه وسلم فى حديث العسيف وأعد ما انتسب الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فيكون الاقرار حجة فى الحدود التي تندرئ بالشبهات دليل على انه حجة فيما لا يندرئ بالشبهات بالطريق الاولى ثم الاقرار صحيح بالمعلوم والمجهول بعد أن يكون المعلوم لانه اظهار لما عليه من الحق وقد يكون ما عليه مجهولا فيصح اظهاره بالمجهول كالمعدوم بخلاف الشهادة فان أداء الشهادة لا تكون الا بعد العلم بالمشهود به . قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم للشاهد اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع فمع الجهل لا حاجة الى الشهادة بل هو ممنوع عن أدائها فأما من عليه الحق محتاج الى اظهار ما عليه باقراره معلوما كان عنده أو مجهولا فقد يعلم أصل الوجوب ويجهل قدر الواجب وصفته ولهذا صح اقراره بالمجهول ولان الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام القضاء اليها والقاضى لا يتمكن من القضاء الا بالمعلوم فأما الاقرار موجب بنفسه قبل اتصال القضاء به واذا احتمل بالمجهول أمكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان فلهذا صح الاقرار ولهذا لا يعمل بالرجوع عن الاقرار ويعمل بالرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها اذا عرفنا هذا فنقول رجل قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزمه ما بينه ولا بد من تبيين أي شيء هو لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان أو غيره الا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه فالغصب لا يرد الا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقرارا بشراء ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد من أن يبين مالا يجري فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لم يقبل ذلك منه لان اقراره بالغصب

دليل على أنه كان ممنوعا منه من صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجرى فيه التمانع فاذا تبين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير صحيح موصولا أو مفصولا فان ساعده المقر على ما بينه أخذه وان ادعى غيره فالقول قول المقر مع يمينه لانه خرج من موجب اقراره عما بين فاذا كذبه المقر له فيه صار رادا اقراره بنفى دعواه شيئا آخر عليه وهو لذلك منكر فالقول قوله مع يمينه ويستوى ان بين شيئا يضمن بالغصب أو يضمن بعد أن يكون بحيث يجرى فيه التمانع حتى المغصوب فالقول قوله مع يمينه وكذلك ان بين ان المغصوب دار فالقول قوله وان كانت الدار لا يضمن بالغصب عند أبى حنيفة رحمه الله واختلف المشايخ رحمهم الله فيما اذا بين المغصوب زوجته أو ولده الصغير فمنهم من يقول بيانه مقبول لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى فى الاموال وأكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه ما ليس بمال يكون انكار الحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه وفرق بين هذا وبين الخلع فان من خالع امرأته على ما فى بيتها من شئ فانه ليس فى البيت شئ كالخلع مجازا وله أن يجعل تسمية الشئ فيه دليلا على المالية بخلاف تسمية المتاع لان الخلع من اسباب الفرقة والفرقة قد تكون بغير بدل فى العادة فلا يكون فيما صرح دليلا على المالية فى الشئ المذكور فأما الغصب لا يطلق فى العادة الا فيما هو مال ولا يثبت حكمه شرعا الا فيما هو مال فالتنصيص عليه دليل على المالية فى الشىء المذكور والعصر قبل التخمر كان الا فسد تقومه بالتخمر شرعا وصار المسلم ممنوعا من تموله من غير انعدم أصل المالية فيه (ألا ترى) أنه بالتخلل يصير مالا متقوما وهو ذلك العين فلهذا صح بيانه ثم الخمر محل لحكم الغصب ولهذا كان غاصب الخمر من الذمى ضامنا لهذا قبل بيانه وكذلك لو أقر أنه غصب عبدا فهذه الجهالة دون الاول لان جنس المقر به صار معلوما هنا ثم التوسع فى الاقرار أكثر منه فى الخلع والصلح عن دم العمد والنكاح وتسمية العبد مطلقا صحيح فى هذه العقود ففى الاقرار الاول ان فى هذه العقود ينصرف الى الوسط لانه عقد معاوضة فيجب النظر فيه من الجانبين وذلك بتعين الوسط الذى هو فوق الوكس ودون الشطط والاقرار لا يقابله شئ فلا يتعين فيه الوسط بل يكون المقر فيه مقبولا اذا لم يخالف ما يلفظ به سواء بين الردىء أو المعيب فاسم العبد أولى * توضيح الفرق أن الغصب فعل يستدعى

محلا هو مفعول به ولان يستدعي صفة السلامة فيه ومن حيث العادة أيضاليس للغاصبين اختيار الوسط والتسليم وانما يغصب الغاصب مايقدر عليه فامافي عقود المعاوضات لها موجب شرعا في اقتضاء صفة السلامة وكذلك للناس عادة في ايراد عقد المعاوضة على التسليم دون المعيب فلهذا يصرف مطلق العقد فيه الى التسليم فان كان العبد الذي بعينه منصوبا في يده قائما رده وان كان هالكا فعليه قيمته لان ضمان الاصل في الغصب رد العين قال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وانما يصار الى القيمة عند عدم رد العين ليكون خلفا عن الضمان الاصلي وسميت قيمة لقيامها مقام العين فان وقعت المنازعة بينهما في مقدار القيمة فالقول قول المقر لانكاره الزيادة مع يمينه وكذلك لو أقر بغصب شاة أو بقرة أو ثوب أو عرض وكذلك لو أقر أنه غصبه دارا فالقول قوله في تعيينها سواء عينها في هذه البلدة أو في بلدة أخرى لان الدار اسم لما أدير عليه الحائط وذلك لا يختلف باختلاف البلدان فكان بيانه مطابقا للفظه ولو قال هي هذه الدار التي في يدي هذا الرجل وذو اليد منكر يقول الدار داري فالقول في تلك الدار قول ذي اليد لان دعوى المقر أنها لغيره كدعواه انها له فلا يصدق في ذلك بغير حجة لكنه خارج عن عهدة اقراره بما بين فان بيانه مطابق للفظه لان ما في يد الغير مال محل للغصب ثم لا يضمن المقر شيئا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاخر وفي قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله يصير ضامنا لقيمتها لانه اقر ببعضها ومن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر أن العقار لا يضمن بالغصب وهي مسئلة معروفة في كتاب الغصب ولو قال غصبته هذه الامة أو هذا العبد فادعاهما جميعا المقر له فانه يقال للغاصب قربايهما شئت وتخلفت عن الآخر لانه أدخل حرف أو في موضع الاثبات فيتناول بعض المذكورين فاذا أقر باحدهما خرج به عن عهدة ذلك الاقرار وقد صدقه المقر له في ذلك حين ادعاهما جميعا فيأخذ المقر له ذلك الشيء عينه وتبقى دعواه الآخر في يده فيكون القول الآخر قول المنكر مع يمينه وان ادعى المقر له احدهما بعينه لم يستحق ذلك اذا زعم المقر أن المغصوب هو الآخر لانه أقر بغصب في منكر ولان ادعاء المقر له معين والمعين عند المنكر فلم يتناول اقراره هذا المحل بعينه فلا يستحق به ثم هو بالتعيين قصد ابطال حق البيان الثابت للمقر فانه هو المبهم ومن أبهم شيئا فاليه بيانه وهو لا يملك ابطال الحق الثابت له فان بين المقر الآخر صح بيانه لانه موافق لمبهم كلامه ولكن المقر له كذبه في ذلك والاقرار يرتد بالرد فيبطل اقراره به بنفي

دعوي المقر له الآخر عليه وهو جاحد فالقول قوله مع يمينه ولو أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا وكل واحد منهما يدعيه فان اصطلحا على أخذه أخذه وان لم يصطلحا استحلف كل واحد منهما أولا تقول فرق بين هذا والاول فقال هناك يقال له قر بأيهما شئت واحلف على الآخر وهنا لا يقال له قر لايهما شئت وأحلف للآخر لان هناك الاقرار صحيح ملزم فان المستحق معلوم انما الجهالة فى المستحق فيمكن اجباره على البيان لما صح اقراره وهنا اقرار غير صحيح لان المقر له مجهول وجهالة المقر له تمنع صحة الاقرار لان الحق لا يثبت للمجهول ولان المغصوب عند الغصب قد يبنه حاله على الغاصب انه عبد أو أمة ولكن المغصوب منه لا يشتبه عليه عادة فلم يكن اقراره للمجهول حجة تامة فى الاستحقاق حتى يجبر على البيان ولكنهما ان اصطلحا على أن يأخذه أمر بالتسليم اليهما لان المغصوب جهالة من يجب عليه تسليمه اليه وقد تزال ذلك باصطلاحهما فان احدهما مالك والآخر نائب عنه وكما يؤمر الغاصب بالرد على نائبه ولانه كان مقرا انه لا حق له في العبد منهما فان الحق فيه لا يعدوهما وانما لم يصح اقراره فى التزام التسليم الى احدهما بعينه فلا يجبر على البيان لان ذلك غير ثابت باقراره فاذا اصطلحا فقد ثبت باقراره أن المستحق منهما يأمره بالتسليم اليه فان لم يصطلحا استحلف لكل واحد منهما بعينه لان كل واحد منهما يدعى الحق لنفسه عينا وهو لم يقر بذلك وانما أقر لمنكر منهما والمنكر في حق المعين كالمعدوم وللقاضى الخيار فى البداية بالاستحلاف لايهما شاء وقيل هذا بالاستحلاف لمن سبق بالدعوى وقيل يقرع بينهما تطمينا لقلوبهما فان نكل عن اليمين أحدهما يأمره بالتسليم اليه مالم يحلفه الآخر بخلاف ما اذا أقر لاحدهما بعينه فانه يأمره بالتسليم اليه لان الاقرار موجب الحق لنفسه فأما النكول لا يوجب الحق الا بقضاء القاضى والقاضى لا يقضى الا بعد النظر لكل قسم ومن حجة الآخر أن يقول القاضى انما نكل له لانك بدأت بالاستحلاف له ولو بدأت بالاستحلاف لى لكان ينكل لى وفى الاقرار لا يمكن الآخر أن يحتج بمثل هذا وقد زعم ان المقر له أحق بالعين منه فيأمره بالتسليم اليه فان حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى القاضي به للذى يحلف له لانه حق من حلف له وقد انتفى بيمينه مالم يأت بحجة ولا حجة له ونكوله في حق الآخر قائم مقام اقراره فيأمره بالتسليم اليه وان نكل لهما قضى القاضي بالعبد بينهما وبقيمته أيضا بينهما لان بنكوله صار مقرا له وغصب من كل واحد منهما جميعه ومالو قدر الا على النصف

يرده على كل واحد منهما وليس احدهما أولى به من الآخر فيلزمه رد نصف القيمة على كل واحد منهما اعتبار الجزء بالكل اذا تعذر رده ولو حلف لهما لم يكن لهما عليه شئ لان حق كل واحد منهما قد انتفى بيمينه الى أن يجد الحجة فان أراد أن يصطلحا بعد ذلك لم يكن لهما ذلك فى قول أبي يوسف رحمه الله الآخر وكان يقول أولا لهما ذلك وهو قول محمد رحمه الله * وجه قوله الاول ان حق الاخذ عند الاصطلاح ثبت لهما بهذا الاقرار بدليل انهما لو اصطلحا قبل الاستحلاف فان لهما أن يأخذاه والحق الثابت بالاقرار لا يبطل باليمين والمعنى الذى فات لهما أن يأخذاه قبل الاستحلاف اذا اصطلحا على ان احدهما مالك والآخر نائب عنه وهذا موجود بالاستحلاف ولان الاستحلاف هو غير محل للاقرار لان الاقرار كان لاحدهما بغير عينه والاستحلاف كان استحقاق كل واحد منهما بعينه فلا يتغير به حكم ذلك الاقرار فالقاضى يتيقن انه صادق فى يمينه أو كاذب ولا تأخير لليمين الكاذبة فى ابطال الاستحقاق وجه قول أبي يوسف الآخر رحمه الله ان يمين المقر يبطل حق من حلف له كما لو حلف لاحدهما يبطل حقه ومزاحمته ثم التفقه فيه من وجهين احدهما ان أصل الاقرار وقع فاسدا لجهالة المقر له لما بينا أن الغصب يوجب رد العين والمستحق للرد عليه بهذا الاقرار غير معلوم أو كان الاقرار فاسداً ولكن اراد منعه العباد برفع المفسد بالاصطلاح ممكن فان أزال ذلك قبل تقرر الفساد صح الاقرار وأمر بالتسليم اليهما وان تقرر الفساد بقضاء القاضي لا يمكن ازالته بعد ذلك برفع كالبيع الفاسد بخيار مجهول أو بعمل مجهول اذا تقررت صفة الفساد بالقضاء وهنا لما استحلفه القاضي لكل واحد منهما فقد حكم بفساد ذلك الاقرار فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك باصطلاحهما (الثانى) أن لكل واحد منهما لما طلب يمينه فقد عاملة المنكرين فصار راد الاقرار يرتد برد المقر له فلم يبق لهما حق الاصطلاح بعد ذلك بخلاف ما قبل الاستحلاف والثابت بالاقرار أحد الامرين اما الاصطلاح أو الاستحلاف فكما لو أقر على الاصطلاح كانا قابلين لاقراره فلا يبقى لهما حق الاستحلاف بعد ذلك فكذلك لو أقر على الاستحلاف كانا رادين لاقراره فلا يبقى لهما حق الاصطلاح بعد ذلك وقوله الاستحلاف فى غير محل لاقراره قلنا محل الاقرار لا يعدوهما فاذا وجد الاستحلاف منهما فقد تقن بوجوده ممن وقع الاقرار له فكان ذلك مبطلا لحق الاقرار ولو قال غصبت العبد من هذا لا بل من هذا فهو للاول وللآخر قيمته لان كلمة لا بل للاستدراك بالرجوع عن الاول واقامة الثانى مقامه

اثبات والرجوع عما أقر به للاول باطل واثبات ما أقر به للاول في حق الثاني صحيح فيبقى العبد مستحقا للاول بصدر كلامه وقد صار مقراً ببعضه من الثاني وهو عاجز عن رد عينه حين سلمه الى الاول بحكم الحاكم فكان عليه للثاني قيمته والدليل على أن كلمة لا بل موضوعة لما قلنا مثل قول الرجل جاءني زيد لا بل عمر ويفهم منه الاخبار بمجيء زيد وهو بخلاف مالو قال هذا العبد لفلان بل لفلان حيث يؤمر بتسليمه الى الاول ولا شئ للثاني عليه لانه ما أقر على نفسه بفعل موجب للضمان في حق الثاني انما شهد له بالملك فيما صار مملوكا لغيره بصدر كلامه والشاهد بالملك اذا أردت شهادته لم يضمن شيئا وهنا أقر بغصبه من الثاني وهو فعل موجب للضمان عليه واذا أقر بغصب شئ من الاشياء كائنا ما كان من قريب أو بعيد صغير أو كبير مسلم أو كافر أو مرتد أو مستأمن أو حر أو عبد محجور عليه أو تاجر فهو ضامن له في جميع ذلك ان كان فائتا وان كان قائما رده الى الذي أخذه منه صغيراً كان المغتصب منه أو كبيراً لان رد المغصوب يفسخ من الغاصب لفعله فيه وحقيقة انفساخ فعله برده على من أخذه منه فكانت جنايته بازالة يد محترمة للغير في هذه العين واثبات اليد في نفسه فاذا اعاده الى من أخذه منه فقد صار به معيداً لما أخذ (ألا ترى) ان من أخذ منه خصم له في الاسترداد فيبرأ بالرد عليه على أي صفة كانت وهو نظير من انتزع خاتما من أصبع نائم ثم أعاده الي أصبعه قبل أن ينتبه برئ منه لانه أعاده كما كان بخلاف ما اذا انتبه ثم نام ثانيا لانه لما انتبه وجب عليه رده على المنتبه فلا يبرأ بعد ذلك باعادته الي أصبع النائم كما لو غصبه وهو منتبه ثم جعله في أصبعه في حال نومه قال خلا الولد الصغير مع أبيه الغني فلان الاب فيما يأخذ من مال ولده الصغير لا يكون غاصبا ولكنه ان كان محتاجا اليه فله أن يأخذه ليصرفه الى حاجته وان لم يكن محتاجا فله أن يأخذه لحفظه له فلا يلزمه رده على الصبي حتى يبلغ ولا يكون جانيا في حقه الا أن يستهلكه من غير حاجة فحينئذ يكون ضامنا له وكذلك وصى الصغير فيما يأخذ من ماله لا يكون غاصبا لان ولاية الاخذ لحفظه ثابتة وان غصب المولى من مكاتبه أو عبده المأذون المديون فهو برده أو الضمان عند هلاكه لانه ممنوع من أخذه أما كسب المكاتب صار أحق به وصار المكاتب كالحر يدا في مكاسبه فاذا أتى به عليه صار ضامنا وأما العبد المديون لان كسبه حق غرمائه والمولى ممنوع من أخذه ما لم يسقط الدين فكان ضامنا وان لم يكن على العبد دين فكسبه خالص حق المولى فلا يكون هو في أخذه منه غاصبا وكذلك يغصب من مولاه

لانه لاحق له فى مال المولى وله ذمة معتبرة فى ايجاب الدين لمولاه فيكون ضامنا غصبه منه والعبدفيما يغصب من مولاه مأمور بالرد عليه ولكنه غير ضامن لان للعبد ذمة معتبرة فى ايجاب الدين فيها للمولى فان الدين لايجب على العبد الا شاغلا ماليةرقبته ومالية حق مولاه ولو قال غصبتك هذا العبدأمس ان شاء الله تعالى لم يلزمه شئ استحسانا وفي القياس استثناؤه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة الشرط وذلك انما يصح فى الانشآت دون الاخبارات ولكنه استحسن فقال الاستثناء يخرج الكلام من أن يكون عزيمة الا أن يكون في معنى الشرط فان الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدنى ان شاء الله صابرا ولم يصبر علي ذلك والوعد من الانبياء عليهم السلام كالعهد من غيرهم فدل أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة وقال صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثنياه والاقرار لايكون ملزما الا كلام هو عزيمة لكن انما يعمل هذا الاستثناء اذا كان موصولا بالكلام لا اذا كان مفصولا الا علي قول ابن عباس رضي الله عنه فانه قال يعمل بالاستثناء وان كان مفصولا استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله تعالى ولنا نقول الاستثناء مخرج لكلامه من أن يكون عزيمة فكان مغير الموجب مطلق الكلام والتعبير انما يصح موصولا بالكلام لامفصولا فانه بمنزلة الفسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك فى اقراره فكذلك لا يملك الاستثناء المفصول وهذا بخلاف الرجوع من الاقرار فانه لايصح وان كان موصولا لان رجوعه نفى لما أثبته فكان تناقضا منه والتناقض لايصح مفصولا كان أو موصولا اما هذا بيان فيه تعبير فان الكلام نوعان لغو وعزيمة فبالاستثناء تبين أن كلامه ليس بعزيمة وبيان التعبير لا يصح موصولا لامفصولا بمنزلة التعليق بالشرط فانه متبين ان صدر كلامه لم يكن ايقاعا بعد ان كان ظاهرا مقتضيا للايقاع فصح ذلك موصولا لامفصولا وأما الحديث قلنا قوله صلي الله عليه وسلم بعد سنة ان شاء الله تعالى لم يكن علي وجه الاستثناء انما كان على وجه الامتثال لما أمر به قال الله تعالى واذكر ربك اذا نسيت ولو قال غصبتك هذا العبد أمس الا نصفه صدق فيه لان الكلام اذا قيد بالاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى لاأن يكون رجوعا عن القدر المستثنى قال الله تعالي فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما معناه تسعمائة وخمسين فأما لو جعلناه فى معنى الرجوع كان ذلك قولا بالغلط فما أخبر الله تعالى به حتى تداركه بالاستثناء وذلك لايجوز ثم هذا بيان فيه تغيير لان صدر كلامه

اقرار بغصب ماسمى عبدا وبالاستثناء تبين أن المغصوب لم يكن عبدا فلما كان تغييرا صح موصولا لا مفصولا وكذلك لو قال الا ملبسه الاعلى قول القرار رحمه الله فانه لايجوز استثناء الا كثر مماتكلم به لان العرب لم تتكلم بذلك ولكنا نجوزه استدلالا بقوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا ولان طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق بين الاستثناء فى الاقل والا كثر وان لم تتكلم به العرب لم يمتنع صحته ان كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب وكان صحيحا ولو قال الا العبد كله كان الاستثناء باطلا لانه لايمكن تصحيحه بان جعل عبارة عما وراء المستثنى فانه لايبقى وراء المستثنى شيء فكان هذا رجوعا لااستثناء والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان أو مفصولا ولو قال غصبتك كذا وكذا فهو اقرار بغصبهما فان حرف الواو للعطف والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر فيقول الرجل جاءنى زيد وعمر فيكون اخبارا بمجيئهما فاذا قال غصبته عبدا أو جارية كان اقرارا بغصبهما لانه خبر المذكور أو لانه مغصوب ولم يذكر للثانى خبر يستقل به فكان الخبر الاول خبر له وكذا خبر أن يقول دابة مع سرجها لان كلمة مع للقران فقد قرن بينهما فى الاقرار بفعل الغصب فيهما اذ لاتتحقق المقارنة منه الا فى هذا وكذلك لو قال كذا بكذا نحوان يقول غصبته فرسا بلجامه أو عبدا بمنديله فهو اقرار بغصبهما لان الباء للالصاق فيصير هو ملصقا الثانى بالاول فيما أخبر به من فعل الغصب ويكون مبنيا أن عند غصبه كان اللجام ملصقا بالدابة ولن يتحقق الالصاق الا بعد أن يكون غاصبا لهما وكذلك لو قال كذا فكذا نحوان يقول غصبت عبدا فجارية فان الفاء للوصل وفيه معنى العطف على سبيل التعقيب ولن تتحقق هذه المعانى الا بعد أن كان غاصبا لهما وكذلك لو قال كذا وعليه كذا نحو أن يقول غصبته دابة عليها سرجها لانه جعل المغصوب محلا لما ذكره آخرا فيقتضى أن يكون غاصبا لهما وان قال كذا من كذا بان قال غصبت منديلا من غلامه أو سرجا من دابته كان اقرارا بالغصب فى الاول خاصة لان كلمة من للتبعيض فانه يفهم منه الانتزاع فعلى انه انتزع ما أقر بغصبه أولا من ملكه (ألا ترى) أنه يقول منديلا من رأسه أو ثوبا من بدنه فلا يفهم الاقرار بغصب الثوب والمنديل وكذلك لو قال كذا على يجوز أن يقول غصبته إكافا على حماره فيكون اقرارا بغصب الاكاف خاصة والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشيء من محل

لا يكون مقتضيا غصب المحل ولو قال كذا في كذا وان كان الثاني مما يكون وعاء للاول كالماء في ثوب في منديل أو طعام في سفينة وما أشبه ذلك لان في حقيقة للظرف فهو مخبر بأن الثاني كان ظرفا للاول مع غصبه ولن يكون ذلك الا اذا كان غصبه لهما وكذلك قوله تمرا في قوصرة أو حنطة في جوالق وان كان الثاني مما لا يكون وعاء للأول نحو قوله غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح أن يكون ظرفا لما أقر بغصبه أولا فالغي آخر كلامه فان (قيل) كان ينبغي أن يحمل حرف في بمعنى حرف مع لان الكلام معمول بمجازه عند تعذر العمل بحقيقته قال الله تعالى فادخلي في عبادي (قلنا) اذا آل الامر الى المجاز فكما يحتمل معنى مع يحتمل معنى على قال الله تعالى ولا صلبنكم في جذوع النخل أي على جذوع النخل فان حمل عليه لم يلزم الثاني وان حمل على معنى مع لزمه والذمة في الاصل بريئة فلا يجوز شغلها بالشك وان كان الثاني مما يكون الاول وسطه نحوان يقول غصبتك ثوبا في عشرة أثواب لم يلزمه الاثوب واحد في قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة رحمهما الله ويلزمه في قول محمد رحمه الله أحد عشر ثوبا * وجه قول محمد رحمه الله أن العشرة قد تكون وعاء للثوب الواحد فان الثوب النفيس قد يلف عادة في الثياب فكان هذا بمنزلة قوله حنطة في جوالق أو يحمل كلامه على التقديم والتأخير فيصير كانه قال عشرة أثواب في ثوب والثوب الواحد يكون وعاء للعشرة فوجب العمل بما صرح به بحسب الامكان وعال لابي يوسف رحمه الله في الجناب وقال ان العشرة لا تكون وعاء معناه أن الوعا غير الموعا والثوب اذا لف في ثياب فكل ثوب يكون موعا في حق ماوراءه فلا يكون وعاء الا الثوب الذي هو ثوب ظاهر فاذا كان لا يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وحمله على التقديم والتأخير لا معنى له فانه اشتغال بايجاب المال في ذمته بالمحتمل وبتأويل هو مخالف للظاهر وذلك لا يجوز ولو قال غصبته كرباسا في عشرة أثواب حرير عند محمد رحمه الله يلزمه الكرباس وعشرة أثواب حرير لان الحرير لا يجعل وعاء للكرابيس عادة ولو قال غصبتك طعاما في بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاما في سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا أن الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل في ضمانه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر لانه مما لا ينقل ولا يحول والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وان قال لم أحول الطعام من موضعه لم يصدق في

ذلك لانه أقر بغصب تام وفي الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو في قوله لم أنقله راجعا عما أقر به فلم يصدق وكان ضامنا للطعام وفى قول محمد رحمه الله هو ضامن للبيت أيضا ومسئلة غصب العقار معروفة ولو قال غصبته يوما ورددته عليه لم يصدق علي الرد وان كان كلام موصول لانه ليس الى بيان صدر الكلام بل هو دعوى مبتدأ أي أو فيته مالزمنى من ضمان الغصب واقراره صحيح فأما دعواه بغير حجة لا تكون صحيحة ولكن القول قول المنكر للرد كالمقر بالدين اذا ادعى الايفاء والابراء كلام موصول ولو قال غصبته ثوبا من عينه أو تمرا من قوصرة أو طعاما من بيت أو ظهر دابة ضمن التمر والثوب والطعام خاصة لما بينا ان آخر كلامه كان لبيان ان انتزاع المغصوب كان بين هذا فهو بمنزلة قوله غصبته ثوبا من يده يكون اقراره بالغصب فى الثوب دون يده فكذلك ماسبق والله أعلم

باب اقرار المفاوضة بالدين

(قال رحمه الله واذا أقر أحد المتفاوضين بدين فى مرض موته من تجارتهما يوجد شريكه به في الحال وفيه طريقان لنا أحدهما أن المتفاوضين فى حقوق التجارة صارا بمنزلة شخص واحد ومباشرة أحدهما سبب وجوب الدين كمباشرتهما والاقرار من باب التجارة فوجوده من احدهما كوجوده منهما والاصح أن يقول وجوب الدين بمباشرة السبب علي من باشره ولكن الشريك مطالب به بسبب التحمل الثابت بمقتضي صدر المفاوضة بينهما لان عقد المفاوضة يقتضى الوكالة العامة والكفالة العامة لكل واحد منهما عن صاحبه في ديون التجارة فانها تقتضى المساواة بهذا فالمفاوض المقر وان كان مريضا فقد وجب عليه الدين باقراره حتى اذا لم يكن عليه دين فى الصحة كان مطالبا به فى الحال وان كان عليه دين فى الصحة فحق غريم الصحة مقدم ولكن حق المقر له فى المرض ثابت أيضا حتى اذا فرغت التركة من حق غريم الصحة صرف المقر له في المرض واذا ثبت الوجوب فى حق المقر صار الشريك مطالبا به بحكم الكفالة وتأخره فى حق المقر لمكان دين الصحة لا يوجب التأخير فى الشريك كالعبد المحجور يقر على نفسه بدين ويكفل البيان عنه يؤاخذ الكفيل في الحال به وان كان مؤخرا فى حق الاصل الى مابعد العتق وهذا لا تأجيل في أصل المال انما التأخير لضرورة انعدام محل القضاء ولا ضرورة فى حق الكفيل فيكون مطالبا في الحال بايفائه ولو كان

المفاوض المريض أقر لوارثه بدين لم يلزم شريكه وبهذا تبين أن الصحيح هو الطريق الثاني دون الاول فانه لو جعل اقرار أحدهما لصار الشريك الآخر مطالبا بالمال هنا ولكن اقرار المريض لوارثه باطل فلم يجب به المال في ذمة المقر والوجوب على الشريك بحكم الكفالة فاذا لم يكن المال واجبا على الاصيل لا يجب على الكفيل خلاف الاول فان اقراره للاجنبي صحيح وان كان مؤخرا عن حق غرماء الصحة فوجب به المال على الاصيل وصار الكفيل مطالبا به بحكم الكفالة وكذلك لو كفل لوارثه بشيء لان كفالة المريض لوارثه باطلة غير موجبة المال عليه فأما اذا كفل الاجنبي فعند أبي حنيفة رحمه الله يؤاخذ به شريكه سواء كفل بأمر الاصيل أو بغير أمره وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يؤاخذ الشريك به وكذلك ان أقر أحد المتفاوضين بكفالة في صحته أو مرضه فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يؤاخذ به شريكه وعندهما لا يؤاخذ بشيء من ذلك * حجتهما أن دين الكفالة ليس من دين التجارة لان سببه لا ينزع ما هو تبرع (ألا ترى) انه لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث ولو حصل من العبد المأذون والمكاتب لم يكن صحيحا وما وجب على أحد المتفاوضين لا بجهة التجارة لا يكون شريكه مطالبا به كما يجب من مهر امرأته وأرش الجناية بجنايته وكلاهما يتضح في الكفالة بغير الاصل فانه تبرع محض حتى لا يستوجب الكفيل الرجوع على الاصيل عند الاداء ولابي حنيفة رحمه الله طريقان الاول ان هذا الدين وجب بما هو من متضمنات عقد المفاوضة فيكون الشريك مطالبا به كالواجب بطريق الوكالة اذا توكل أحدهما عن الغير بالشراء وبيانه فيما قلنا ان عقد المفاوضة يقتضي الوكالة العامة والكفالة العامة وبهذا تبين أنه من جنس التجارة لان عقد المفاوضة يتضمن ما هو من جنس التجارة الثاني ان في الكفالة معنى البيوع في الابتداء ولكنه مفاوضة أيهما خصوصا في الكفالة بالامر فانه يرجع بما يؤدى الى الاصيل ففي حق العبد المأذون والمكاتب والمريض اعتبرنا معنى التبرع فيه في الابتداء فلم يكن صحيحا وفي حق المفاوض اعتبرنا معنى المفاوضة في الانتهاء لانه صحيح في حق من باشر سببه فاذا صح انقلبت مفاوضة فعند صيرورة الشريك الآخر مطالبا له في الحال وتأخر في حق المريض عن حق غرماء الصحة لان اقرار الشريك عليه لا يكون أبعد من اقراره بنفسه وهو لو أقر بنفسه تأخر عن حق غرماء الصحة فكذلك ما لزم باقرار شريكه أو يجعل هذا كاقرارهما جميعا فان (قيل) كان ينبغي أن يكون هذا في حق المريض من ثلث ماله لان الوجوب عليه كان لسبب

الكفالة عن شريكه وكفالة المريض معتبرة من ثلثه (قلنا) هذا اذا لو كانت مباشرة الكفالة في المرض وهنا الكفالة بمقتضى عقد المفاوضة فانما كان في حال الصحة فالوجود وان حصل في حالة المرض لما كان سببه موجوداً في حال الصحة فالواجب كان معتبرا من جميع ماله فان (قيل) اذا كان سببه في حال الصحة ينبغي أن لا يتأخر عن حق غرماء الصحة (قلنا) وجوب الدين عليه بذلك السبب انما حصل في المرض فكان ذلك مزيد المرض لهذا المريض ولان اقرار الغير عليه لا يكون أبعد من اقراره على نفسه ولو أقر الصحيح لوارث المريض بدين لزم الصحيح كله دون المريض لان اقرار الصحيح في حق المريض كاقراره بنفسه واقراره لوارثه باطل فكذلك اقرار الصحيح في حقه وليس من ضرورة امتناع وجوب المال على الكفيل أن لا يجب على الاصيل فلهذا وجب المال على الصحيح فان (قيل) اقرار المريض لوارثه انما لا يصح لتهمة الايثار وهو غير موجود في حق اقرار شريكه (قلنا) ليس كذلك بل تمكن تهمة المواضعة هنا من حيث انه لما علم ان اقراره لوارثه بنفسه لا يصح لشريكه لتقربه له ثم يستوفي من مال المريض فليمكن هذه التهمة (قلنا) لا يصح الاقرار في حق المريض ولا تهمة في ما يقر له الشريك على نفسه في حقه فكان هو مطالبا بالمال ولو كان المفاوض قال لرجل ماذاب لك على فلان فهو على أو ماوجب لك عليه أو ما قضى لك عليه ثم مرض ثم أقر فلان بألف درهم لذلك الرجل وقضى بها له عليه لزم المريض ذلك من جميع المال لان وجوب هذا المال عليه وان كان بطريق الكفالة ولكن صح سببه في حال الصحة ولزم حتى لو أراد الرجوع عنه لم يملك ذلك فكان بمنزلة سائر الديون في كونه معتبراً من جميع المال (ألا ترى) ان الصحيح لو ضمن الدرك عن رجل في دار باعها ثم مرض فلزم الدرك كان مطالبا من جميع المال لان سببه لزم في حال الصحة على وجه لا يمكنه الرجوع عنه فكان معتبراً من جميع المال لان سببه لزم في حال الصحة هنا لان الوجوب مستند الى سببه ولما تم السبب هنا ولزمه في حال الصحة استند حكم الوجوب اليه فلهذا كان مزاحما لغرماء الصحة والله أعلم بالصواب

باب الاقرار لما في البطن

(قال رضي الله عنه الاقرار لما في البطن على ثلاثة أوجه أحدها أن يبين سببا صالحا مستقيما بأن يقول لما في بطن فلانة علي ألف درهم من جهة ميراث ورثه عن أبيه فاستهلكته

أو وصية أوصى بها له فاستهلكته فهذا صحيح) لانه بين سببامستقيما لو عاينه حكمنابوجوب المال عليه فكذلك اذا ثبت باقراره هذا لان هـذا الاقرار في الحقيقة للمورث والموصى فان المال منفى علي حقه مالم يصرفه الي وارثه أو الى من أوصى له به وكذلك المورث والموصي من أهل الاقرار له فهو نظير مالو قال لدابة فلان على ألف درهم أوصى له بالعلف فاستهلكته ثم ان ولدت ولداً حيا فالمقر به له وان ولدته ميتا فالمال مردود على ورثة الميت والموصي وان جاءت بولدين أحدهما ذكر والآخر أنثى ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفى الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين لان قول المقر فى بيان السبب مقبولا وهـذا اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من حين مات الموصى والمورث حتى علم أنه كان موجودا فى ذلك الوقت وان وضعته لا كثر من ستة أشهر لم يستحق شيئا الا أن تكون المرأة معتدة فحينئذ اذا جاءت بالولد لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت السبب في ذلك حكما بوجوده فى البطن حين مات الموصي والمورث الوجه الثانى أن يبين سببا يستحيل بأن يقول لما فى بطن فلانة على الف درهم ثمن بيع بايعته أو قرض أقرضته فهذا باطل لان المبايعة والاقراض لا يتصور من الجنين حقيقة ولا حكما أما الحقيقة فلا يشكل وأما الحكم فلانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا اليه من هذا الوجه واذا كان ما سببه من السبب محالا صار كلامه لغوا فلا يلزمه شيء فان (قيـل) هذا يكون رجوعا عن اقراره باذن والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا (قلنا) لا كذلك بل هو بيان السبب محتمل فقد نسبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء علي ظنه وتبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه والثالث أن يقر للجنين بمال مطلق من دين أو عين فيقول لما فى بطن فلانة على الف درهم أو هـذا العين ملك لمـا فى بطن فلانة فولدت لمدة يعلم انه كان فى البطن وقت الاقرار فالاقرار باطل فى قول أبى يوسف رحمه الله وقال محمـد رحمه الله الاقرار صحيح وجه قول محمد ان مطلق كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن لان عقـله ودينـه يدعو به الى التكلم بما هو صحيح لا بما هو لغو فيجعل مطلق اقراره صحيحا بمنزلة مالو بين سـببا صحيحا لاقرارهما وهـذا لان الاقرار حجة مهما أمكن اعماله لا يجوز ابطاله والجنين جعل فى حكم المنفصل حتى يصح الاقرار سـببه ويصح اعتاقه والاقرار يعتقه ويرث ويوصي له

فكما أن الاقرار للمنفصل بالمال مطلقا يكون اقرارا صحيحا فكذلك الاقرار به للجنين ولابى يوسف رحمه الله أن مطلق الاقرار بالمال محمول على الالتزام بالعقد فكانه أقر به وهذا لان دينه وعقله يمنعانه من الاستهلاك ويدعو به الى الالتزام بالعقد فيجب حمل مطلق اقراره عليه (ألا ترى) أن أحد المتفاوضين اذا أقر بمال مطلق يلزم شريكه والعبد المأذون اذا أقر بالمال مطلقا يصح اقراره ويؤخذ به فى الحال وكان ذلك باعتبار حمل مطلق الاقرار على جهة التجارة فكذلك هنا يحمل مطلق اقراره على جهة التجارة فكانه بين جهة التجارة ولان الاقرار ابتداء هنا يقع للجنين وهو ليس من أهل أن يثبت له حق ابتداء مالم ينفصل ولهذا لا يلي عليه أحد لانه ما دام مختبأ فى البطن فهو فى حكم الاجزاء والابعاض فاما العتق والوصية مما يحتمل التعليق بالشرط فيجعل كالمضاف الى ما بعد الانفصال والاقرار بالسبب ليس بايجاب حق له ابتداء بل اخبار بانه علق من مائه والاقرار باستهلاك ميراث أو وصية له لا يكون ايجابا للجنين ابتداء بل يكون اقرار للمورث والموصى ثم ينتقل اليه بسبب الارث والوصية ان انفصل حيا أما هذا ايجاب الحق للجنين ابتداء وهو ليس باهل لذلك فلهذا بطل اقراره والله أعلم

﴿ باب الخيار ﴾

(قال رحمه الله رجل أقر لرجل بدين من قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالاقرار جائز والخيار باطل اما جواز الاقرار فلوجود الصيغة الملزمة بقوله على أو عبدى لفلان وأما الخيار فباطل) لان الاقرار باطل ان اختار ولا يليق به الخيار لان الخبر ان كان صادقا فصدق اختاره أو لم يختره وان كان كذبا لم يتعين باختياره وعدم اختياره وانما مايبر يشترط الخيار فى العقود بالشرط ليتغير به صفة العقد ويتخير من له بين فسخه وامضائه ولان الخيار فى معنى التعليق بالشرط فما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا أن التعليق يدخل على أصل السبب فمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا لغى بقي حكم الاقرار وهو اللزوم ثابتا وهذا كما ان التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه ويستوى ان صدقه صاحبه في الخيار أو كذبه وهذا بخلاف ماذا أقر بدين من ثمن

بيع على انه فيه بالخيار ثلاثة أيام فان هناك يثبت الخيار اذا صدقه صاحبه لان سبب الوجوب عقد يقبل الخيار فاذا تصادقا عليه صار ذلك كالمعاين فى حقهما وان كذبه صاحبه لم يثبت الخيار لان مقتضى مطلق البيع اللزوم فمن ادعى عدوة معتبرة باشتراط الخيار فيه لا يقبل قوله الا بحجة فاما ما سبب وجوب المال فعلا من قرض أو غصب أو استهلاك وذلك لا يليق به الخيار ولو عاين اشتراط الخيار فيه كان لغوا فلهذا لم يثبت وان تصادقا عليه وان أقر بالدين من كفالة على شرط مدة معلومة طويلة أو قصيرة فان صدقه المقر له فهو كما قال والخيار ثابت له الى آخر المدة لان الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه فيجعل ما تصادقا عليه كالمعاين فى حقهما وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين البيع وبين الكفالة فقال فى البيع لا يجوز اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام وفى الكفالة يجوز ذلك وان طالت المدة لان الكفالة عقد مبنى على التوسع (ألا ترى) انه يحتمل التعليق ببعض الاخطار نحو قوله ماذاب لك عن فلان فهو علي ونحو الكفالة بالدرك فانه تعليق بخطر الاستحقاق فاذا كان هو محتملا للتعليق كان الخيار ملائما له بأصله فيجوز اشتراطه مدة معلومة قصرت أو طالت فأما البيع مبنى على العتق حتى لا يحتمل التعليق بالشرط أصلا فلم يكن الخيار ملائما له باعتبار أصله فقلنا لا يجوز اشتراطه الا بقدر ما ورد به الشرع بخلاف القياس وذلك ثلاثة أيام وان كذبه صاحبه بالخيار لزمه المال ولم تصدق على شرط الخيار لان مقتضى عقد الكفالة اللزوم كما هو مقتضى مطلق البيع وهذا بخلاف الاجل فانه اذا ادعى الكفالة بالمال الى أجل فالقول قوله وان لم يصدقه صاحبه لان الاجل من مقتضيات الكفالة (ألا ترى) أن من كفل بمال موجد مطلقا يثبت الاجل فى حق الكفيل وكذلك الكفالة توجب المال للكفيل على الاصيل اذا كان يأمره كما يوجب للطالب على الكفيل وما يكون للكفيل على الاصيل مؤجل أن يؤديه عنه فلما كان الاصل من مقتضيات الكفالة جعل القول فيه قول من يدعيه بخلاف الخيار فانه ليس من مقتضيات الكفالة فلا يقبل قول من يدعيه الا بحجة واقرار الصبي التاجر جائز فى جميع تجاراته لان الاقرار من صيغ التجار وهو مما لا يستغنى التاجر عنه فانه يتعذر على من يعامله اشهاد الشاهدين عليه كل معاملة فاذا علم ان اقراره له لا يكون صحيحا يتحذر عن المعاملة معه فلهذا جوزنا اقراره وبخلاف اقرار الاب والوصى عليه فانه لا يكون صحيحا لعدم التصور فان الاقرار ما يقر المرء به على نفسه فأما ما يقر به على غيره يكون شهادة فمن الاب لا يتحقق الاقرار على الصبي ويتحقق من الصبى المأذون الاقرار

على نفسه ويستوى ان أقر بدين أو عين مما اكتسبه بتجارته أو كان موروثا له عن أبيه لان اقراره فيه باعتبار ملكه والكل فى حكم الملك سواء (ألا ترى) ان سائر تصرفاته يجوز فيهما فكذلك اقراره وذكر فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله ان اقراره فيما ورثه من أبيه لا يكون صحيحا لان صحة اقراره فيما اكتسبه بتجارته لوقوع الحاجة اليه وذلك غير موجود فيما ورثه عن أبيه والاصح ما ذكره فى الكتاب لان انفكاك الحجر عنه فيما هو من جملة التجارة بالاذن بمنزلة انفكاك الحجر عنه فيما هو من جملة التجارة بالاذن بمنزلة انفكاك الحجر عنه بالبلوغ وقد بينا أن الاقرار من التجارة وكذلك لو أقر الصبي المأذون على أبيه بدين جاز اقراره لانه فى حكم جواز الاقرار فصار انفكاك الحجر عنه بالاذن كانفكاك الحجر عنه بالبلوغ ولو أقر بدين أبيه بعد البلوغ صح اقراره واستوفى جميع الدين من نصيبه ان أنكر شركاؤه فكذلك اذا أقر به بعد الاذن ولو أقر على نفسه بالمهر وارش الجناية ودين الكفالة لم يصح اقراره بشيء من ذلك لان هذه الاسباب ليست بتجارة وقد نفى الحجر عليه بقيام الصغر فيما ليس بتجارة (ألا ترى) ان أحد المتفاوضين لو أقر بالمهر وارش الجناية يؤاخذ به شريكه بخلاف ما اذا أقر بالدين مطلقا فهذا مثله فالكفالة فى حق الصبي بمنزلة المهر وارش الجناية لانه يتبرع ابتداء بخلاف المفاوض على ما بينا والله أعلم بالصواب

(تم الجزء السابع عشر من كتاب المبسوط)

(ويليه الجزء الثامن عشر وأوله باب الاقرار بالعارية)

﴿ فهرست الجزء السابع عشر من كتاب المبسوط للامام السرخسى الحنفى رحمه الله ﴾

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت ﴾